

## 法、時間、既得権：法の時間的効力の基礎理論的研究

著者	齊藤 健一郎
発行年	2015
学位授与大学	筑波大学 (University of Tsukuba)
学位授与年度	2014
報告番号	12102甲第7208号
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00128694">http://hdl.handle.net/2241/00128694</a>

筑波大学博士（法学）学位請求論文

**法、時間、既得権**

**——法の時間的効力の基礎理論的研究——**

斉藤 健一郎

2014 年度



## 目次

凡例

<b>序章</b>	<b>1</b>
第一項 法の時間的効力に関する学問的研究の必要性	1
第二項 最高裁判決とその問題点	16
第三項 既得権の尊重と法律の不遡及原則	24
第四項 本研究の対象と構成	31

## 第一部 問いの探求

### 日本法における法の時間的効力論の成立と展開

<b>第一章 フランス法の受容と変容</b>	<b>43</b>
<b>第一節 旧法例 2 条の不遡及原則</b>	<b>45</b>
第一款 旧法例の制定——フランス法の受容	46
第一項 旧法例とボワソナード	46
第二項 旧法例草案	48
第三項 法案確定の経緯	52
第二款 旧法例の修正——ドイツ法の影響	56
第一項 修正の経緯	56
第二項 旧法例への批判と反論	57
第三項 穂積陳重の趣旨説明	60
第一節のまとめ	65
<b>第二節 戦前学説の変遷</b>	<b>67</b>
第一款 旧法例 2 条の註釈学説	69
第一項 不遡及原則の根拠	69
第二項 不遡及原則と既得権論	71



## 目次

第二款	学説の変容 .....	74
第一項	明治 31 年から明治末の学説 .....	75
第二項	華族世襲財産法をめぐって .....	78
第三項	大正から昭和初期（戦前） .....	81
第二節のまとめ	.....	86
 <b>第二章 日本法の展開 .....</b>		<b>87</b>
序論	民法施行法の不遡及原則 .....	89
 <b>第一節 不遡及原則をめぐる諸対立 .....</b>		<b>95</b>
第一款	判例と学説の対立 .....	96
第一項	判例の確立——建物保護法 .....	96
第二項	対立の契機——利息制限法 .....	100
第二款	経過規定の解釈をめぐる学説間の対立 .....	106
第一項	適用対象と法効果の発生時期——借家法・借家法 .....	106
第二項	遡及効の範囲をめぐって——身元保証法 .....	111
第一節のまとめ	.....	115
 <b>第二節 公法の時間的効力 .....</b>		<b>117</b>
第一款	公法における既得権論 .....	118
第一項	学説による既得権論の批判 .....	118
第二項	行政裁判所による既得権の否定 .....	121
第二款	公法における不遡及原則の諸相 .....	126
第一項	行政裁判所による不遡及原則の否定 .....	127
第二項	法律事務取扱の取締法 .....	128
第三項	戦時統制法規 .....	132
第四項	学説と立法例 .....	135
第一部のまとめ	.....	139

## 第二部 解への探訪

### フランス法における法の時間的効力論の分析

#### 第三章 フランス民法典 2 条の不遡及原則..... 145

##### 第一節 民法典 2 条の制定過程 ..... 147

第一款 革命期の遡及立法 .....	149
第一項 革命期の諸立法の時間的効力.....	149
第二項 遡及的相続法.....	151
第三項 遡及効の除去.....	155
第二款 法案の審議 .....	159
第一項 民法典 2 条をめぐる賛否 .....	159
第二項 不遡及原則の精神 .....	164

##### 第二節 不遡及原則と既得権論 ..... 171

第一款 期待論 .....	172
第一項 期待の概念.....	172
第二項 ベンタムの期待論 .....	175
第三項 期待論の展開 .....	181
第二款 既得権論 .....	184
第一項 理論的萌芽.....	185
第二項 既得権論の成立 .....	190
第三項 既得権論と期待論 .....	196
第二款のまとめ .....	201
第三款 既得権論の衰退 .....	203
第一項 理論枠組みの動揺 .....	204
第二項 既得権概念の変容 .....	210
第三項 既得権論に対する根本的批判.....	216

#### 第四章 フランスにおける公法の時間的効力 ..... 227

序論 民法典 2 条と公法の時間的効力 .....	229
---------------------------	-----

<b>第一節 警察規制立法の時間的効力 .....</b>	<b>235</b>
第一款 出版規制立法——公法の時間的効力論の議論枠組み .....	236
第一項 事実的遡及と法的遡及 .....	236
第二項 一回的事実と継続的事実 .....	240
第三項 遡及効の概念の構成要素 .....	244
第二款 建築規制立法——既得権の存在をめぐる .....	246
第一項 建築規則に関する破毀院判例 .....	247
第二項 ジュスランの既得権否認論 .....	250
第三項 行政法令の時間的効力をめぐる諸事例 .....	252
第三款 警察規制立法と既得権 .....	263
第一項 学説による裁判例の整理 .....	263
第二項 1908 年のマルク判決 .....	265
<b>第二節 公法学説の時間的効力論 .....</b>	<b>277</b>
第一款 政治的法律の時間的効力 .....	279
第一項 政治的能力 .....	279
第二項 公務員の身分・地位と既得権 .....	285
第三項 20 世紀初頭の公法学の課題 .....	294
第二款 私法学説による既得権論の克服 .....	300
第一項 批判の受容と普及 .....	300
第二項 既得権の概念の再構成 .....	304
第三項 « situation juridique » と時間の観念 .....	306
第三款 公法学説による理論構築の試み .....	310
第一項 既得権の概念に対する批判 .....	311
第二項 不遡及原則の根拠づけ .....	315
第三項 不遡及原則と « Situation juridique » .....	319
第四項 オーリウにおける既得権の概念 .....	327
<b>終章 .....</b>	<b>339</b>
第一項 法的時間の主観的構成 .....	339
第二項 物理的時間の客観的把握 .....	344
第三項 公法学説の対立 .....	347
第四項 理論的考察 .....	351
第五項 残された課題 .....	356

## 目次

結語 .....	361
参考文献一覧	363



## 凡例

1. 引用文において、文中の一部を省略した箇所は……、一文以上を省略した場合は〔中略〕と記し、筆者が書き加えた箇所は〔 〕を付した。引用文中の（ ）は、原文のままである。
2. 本文や引用文において外国語を付記する場合には、（ ）で示した。その際、名詞の複数形は、特にそのまま記す必要がない限りは、原則として単数形に置き換えた。動詞の人称変化については、不定形にしてしまうと逆に誤解されるおそれがあるので、そのままの形で表記した。
3. 戦前日本の文献・裁判例における文語体の文章については、旧字体の漢字を新字体のものに直し、カナ文字を平仮名に置き換え、濁点および句読点を加えた。それ以外の文語表現は原文のままである。ただし、戦前の法律の条文を引用するにあたっては、すべて原文どおりとした。
4. 日本の戦前の文献・資料は、雑誌を除き、その大半が国立国会図書館の近代デジタルライブラリーによりウェブ上で一般公開されている。また、19世紀以前のフランス法の文献は、著書・雑誌ともに、フランス国立図書館が運営しているガリカ（Gallica）というサイトにおいてウェブ上で一般公開されている。
5. ウェブサイトの最終閲覧日は、すべて2014年12月1日である。
6. フランス語の略記は、以下のとおりである。

c/        contre

Cass      Cour de cassation（破毀院）

- ・ 日付の後には両当事者名が記してあり、これが事件名を表している
- ・ 法廷の構成については、以下のとおり

civ. = Chambre civile（民事部）

crim. = Chambre criminelle（刑事部）

CE        Conseil d'État（コンセイユ・デタ（国務院）の判決）

- ・ 日付の後には原告名が記してあり、これが事件名を表している
- ・ 法廷の構成については、以下の二つの場合のみ記した

Ass. = Assemblée du contentieux（争訟総会—最も重要な形式）

Sect. = Section du contentieux（争訟部会—次に重要な形式）

concl.    conclusions（行政訴訟における論告担当官の論告）

D.        Recueil Dalloz

D.P.      Dalloz jurisprudence générale

n°        numéro（番号）

RD publ.    Revue du droit public et de la science pulitique en France et à l'étranger

## 凡例

- Rec.*      *Recueil des arrêts du Conseil d'État* (1954 年以前)  
             *Recueil des décisions du Conseil d'État* (1955 年以降)
- S.*         *Recueil général des lois et des arrêts*
- suiv.       suivants (以下)

## 序章

### 第一項 法の時間的効力に関する学問的研究の必要性

#### 1. 経過措置・時際法への着目

行政法学者で元最高裁判事の藤田宙靖は、自身の裁判官生活を回顧する中で、ある実務的関心について学説による理論的応答が不十分であることを指摘した。それは本研究の問題関心と部分的に重なるとともに、本研究の実践的意義の一端を示していると言える。

「裁判所とりわけ最高裁の裁判官は、自らの下した判決が結果としてどのような効果をもたらすかを、一つの重要な考慮要素とする。この考慮は、将来に向けての判例形成ということのみならず、その採用した法解釈が波及的にどのような事態をもたらすか、ということにも及ぶ。例えば、ある法令の規定を違憲無効と判断した時、過去その法令に基づき形成されてきた様々な法関係はどうなるのかという問題は、その典型例である。最高裁が、この問題についての理論的処理が明確になされない限り迂闊に違憲判決をすることはできない、という判断に傾き易いことは、恐らく否定できない。そしてこのことは逆に、もしこの点について、学界が意識して掘り下げた議論を展開していたならば、最高裁としては、より容易に違憲判断をなし得る（なし得た）ということをも意味するのである。」<sup>1)</sup>

ある裁判判決が当該事件限りではなく波及的にどのような事態をもたらすのかに裁判官は強い関心を持っている、そうした意味で「裁判判決〔は〕本来『結果志向的』である」。だが、藤田によれば、学問的営為はこのことへの自覚が足りない。「最高裁の裁判官が事件についての判断を迫られているとき何を本当に知りたがっているかということについて、法律学者が深い理解をしていないのではないか、と思われるケースがある」、というのである。

本研究は裁判判決ではなく法令を対象とするものであるが、何れにしても、法的決定を行う（あるいは行わない）に際して、実務上では法関係への帰趨などの波及的影響もが考慮要素になるとすれば、しかも、この問題の理論的処理の不明確さが決定を躊躇させるとすれば、波及的影響の分析枠組みが明らかにされなければならないであろう。また、裁判判決であっても法令であっても、法的決定の時点で現実的に影響が生じるわけではないので、理論的研究に基づく理論的処理の見通しが必然的に求められることになる。

非嫡出子の相続分を嫡出子の二分の一とする民法 900 条 4 号ただし書前段をめぐっては、

---

<sup>1)</sup> 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の 7 年半』（有斐閣、2012 年）152-153 頁。本文引用の説示において念頭に置かれていたのは、選挙無効、婚外子国籍取得、非嫡出子相続分をめぐる事例である。



まさに、こうした問題が生じていた。違憲判断に当該事件を超えた一般的な遡及効が伴うとすると、それまでに形成された法関係にも影響が及ぶことで混乱が生じてしまうのではないか、裁判官にはそうした懸念があったのである<sup>(2)</sup>。ただ、判決の遡及効という問題に関しては、実務上、違憲判決が下された場合には判決後直ちに法改正がなされて改正法が遡及適用されることが多く<sup>(3)</sup>、これまで紛争が実際に生じることはなく議論も進展しなかった<sup>(4)</sup>。そうした中であって、平成 24 年 9 月 4 日の最高裁大法廷決定<sup>(5)</sup>は、民法の上記規定は憲法 14 条 1 項に違反していると判断したが、その際、違憲判断の遡及効の制限について（判決文上は、「先例としての事実上の拘束性について」）次のような基準を示したことが大きく注目される。

<sup>2</sup> 最大決平成 7 年 7 月 5 日・民集 49 卷 7 号 1789 頁（判時 1540 号 3 頁）では、違憲判断による波及的紛争を懸念してそれを控えるとともに立法的解決を促す千種秀夫・河合伸一裁判官の補足意見が付された。その後の同旨の意見としては、参照、最判平成 12 年 1 月 27 日・判時 1707 号 121 頁における藤井正雄裁判官の補足意見、最判平成 15 年 3 月 31 日・判時 1820 号 62 頁における島田仁郎裁判官の補足意見。

違憲判決の効力論がこうした懸念を意識しつつ違憲判断を容易にするための実践的な議論であったことにつき、参照、川岸令和「違憲裁判の影響力——司法の優位についての覚書」戸松秀典・野坂泰司編著『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012 年）107 頁。

<sup>3</sup> 各違憲判決ごとの実務における事後対応の概観については、参照、川岸・同上 96-106 頁。

例えば、2002 年 9 月の郵便法違憲判決（最大判平成 14 年 9 月 11 日・民集 56 卷 7 号 1439 頁）では、郵便物について郵便業務に従事する者の故意または重過失によって発生した存在に対する国の損害賠償責任を免除・制限していた規定が憲法 17 条に反すると判断され、これを受けて、国の賠償責任を拡大する改正法（法律第 121 号）が同年 12 月 4 日に制定されたが、改正法の附則 2 項は、違憲と判断された規定の適用対象であった過去の損害についても、「この法律の施行前に生じたもののうち改正前の郵便法…の規定を適用したとした場合において損害賠償の請求権が消滅していないものについても、〔改正法を〕適用する」と定めて、遡及効を認めた。

郵便法違憲判決に関しては、興味深いことに、違憲判決の後に、同種事案において既に敗訴していた者が再審を申し立てたという事例があり、高裁では民訴訟 338 条 1 項 8 号の類推適用によって再審開始が決定されたものの（大阪高決平成 16 年 5 月 10 日・判例集未掲載）、最高裁では、再抗告の申立期間が経過していたとして原決定は破棄され、抗告は却下となった（最決平成 16 年 9 月 17 日・判時 1880 号 70 頁）。

2008 年 6 月の国籍法違憲判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日・民集 62 卷 6 号 1367 頁）では、日本国民の父と日本国民ではない母との間で生まれた後に父から認知された子については、父母の婚姻によって嫡出子の身分を取得した場合に限って日本国籍の取得を認めるとしていた国籍法の旧 3 条 1 項が憲法 14 条 1 項に反すると判断されことから、これを受けて、改正法が同年 12 月 12 日に制定された（法律第 88 号）。新法 3 条 1 項は、「父又は母が認知した子で 20 歳未満のもの（日本国民であつた者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」と規定して、父母の婚姻は要件とされなくなった。この場合、新法規定の文言では、例えば旧法下で認知された子や、新法下では 20 才以上となってしまった者については、新法が適用されないといった解釈もあり得たかもしれない。そこで、新法の附則 2 条から 5 条によって新法の適用範囲についての規定が置かれた。例えば、附則 4 条 1 項によれば、「……父又は母が認知した子で、平成 15 年 1 月 1 日から施行日の前日までの間において新法第 3 条第 1 項の規定の適用があるとするならば同項に規定する要件に該当するものであつたもの……は、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、施行日から 3 年以内に限り、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」

<sup>4</sup> 例外的な実務的論稿として、参照、中村心「もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー 7 号（2012 年）191 頁以下。

<sup>5</sup> 最大決平成 24 年 9 月 4 日・民集 67 卷 6 号 1320 頁（判時 2197 号 10 頁）。

「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までもを現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当である」。

こうした遡及効制限の基準の問題は、裁判官の権限ないしは判決効それ自体の問題とは区別されるべきものである<sup>(6)</sup>。そして、前者について、例えば最高裁が示した法関係の確定性<sup>(7)</sup>の意味を明らかにするには、新たな法状況との関係において過去の法関係をどのように保護すべきかを検討しなければならない。藤田が指摘した「結果志向的」思考は、プラグマティックな観点というよりも、こうした新旧の法秩序の連続性に配慮することであると思われる。そうであるとする、同じような配慮は、裁判実務だけでなく、それ以上に、立法実務においては本質的な問題として自覚されてきたことを顧みるべきであろう。このことは、内閣法制局の元長官である佐藤達夫が法制執務の文献において述べていた一節において、如実に表れている。

「法は、社会生活の規範であり、人の社会生活は、一面では、法により規律され、整序されて、一の秩序を形成しているから、法令を新たに制定し、又は既存の法令を改廃する場合に、一挙に今までの法律秩序をこわして新法令の所期する新しい法律秩序を実現することは、なかなか困難なことであるし、社会生活そのものに無用の混乱を巻き起こすだけのものとなることも多い。そこで、新たに法令を制定し、又は既存の法令を改廃する場合には、今までの秩序から新しい秩序に円滑に移り変わることができるように、従来の秩序をある程度容認するとか、新しい秩序の採用に特例を定める等の経過措置を講ずることが望ましいこととなる。いわゆる経過規定は、この目的で置かれる。」

(8)

裁判判決は形式的にはその事件限りのものであるため判決において事後処理の問題に言及されることは希であるのとは異なり、法令においては、それ自体一つの規定として経過措置を講ずることが可能である。そのため、過去の法関係に対する不測の影響をおそれての躊躇という（裁判判決に関して藤田が指摘したような）懸念は、立法者や命令制定機関には当てはまらな一応は言える。その一方で、法令は原則として一般的射程を有するものであり既存の法秩序に対する影響が大きいことから、過去や現状への配慮はより切実であるこ

<sup>6</sup> 平成 24 年決定の匿名解説でも、「〔違憲判断の〕遡及効を制限しうる理論的根拠」と、「違憲判断の遡及効が具体的にどのような場合に制限されるか」の問題が分けられている（判時 2197 号 12 頁）。

<sup>7</sup> この基準を示したことは、平成 24 年決定の意義の一つである（参照、西希代子「婚外子法定相続分違憲決定」法学教室 403 号（2014 年）52 頁以下（55 頁））。もっとも、最高裁が示した基準は必ずしも明確ではない。現状では、「本決定の違憲判断の遡及効が具体的にどのような場合に制限されるかは、解釈に委ねられている。今後、憲法学と民法学の協働による議論の深化が望まれるところである」と指摘されている（糠塚康江「婚外子法定相続分差別最高裁大法廷違憲決定」法教 400 号（2014 年）84 頁）。

<sup>8</sup> 佐藤達夫『法制執務提要〔第二次改定新版〕』（学陽書房、1968 年〔初版、1950 年〕）207-208 頁。

とが多い。不測の影響というよりも、予想される影響への対処が問題となる。立法においても、立案当初の段階で、既存の法秩序に対する影響が深刻であるために法令の制定・改廃の妥当性それ自体が問題になるということはある得であろうし、制定・改廃が決定されたとしても、既存の法秩序をどのように配慮するのかは実務的に重要な懸案となる。そうしたことから、佐藤達夫が述べているように立法上では経過措置が必要となり、実際にも、それは詳細に整備されるのが通例である。経過措置に関する問題意識は、立法実務上、現在まで一貫して提示され続けている<sup>9)</sup>。

## 2. 概念整理

ところで、「経過措置」やそれを定める「経過規定」とは、旧法秩序から新法秩序への移行を円滑にするための措置ないし規定を広く含むものである。実際にも、附則には多種多様な事柄が規定されている。ここで網羅的に列挙することはできないので、さしあたり、ある法制執務の解説書をみると、経過措置の内容が次のように類型化されている。すなわち、第一に「既得の権利ないしは地位の尊重、保護」、第二に「移り変わりを円滑にするための一種の妥協的措置」としての「暫定的特例」、第三に「不利益な規範の効力を継続させるための措置」（これは第一の場合と裏腹の理念に基づくものであり、今まで悪とされていた過去の事実については将来も依然として悪と評価されることをも要求するとの考えに因る）、第四に「法令の本則の規定を補充するために必要な措置」である<sup>10)</sup>。

これらは、第四を除き、旧法秩序に由来する何らかの理由から新法の効力ないしは適用範囲を制限・調整する措置であると整理できる。すなわち、新旧法の時間的効力ないしは時間的適用範囲が問題になっているのである。新法の経過措置は旧法秩序との関係から導かれており、過去から現在を介した未来を円滑につなぎ合わせるという意味でも、まさに時間的な問題である。

そして、この問題の研究は、学問上、「時際法」といわれる法分野をなしている。すなわち、「時際法とは、法律の時間的な適用関係を定めるルールである。法改正の結果、時間を遡ると、ある問題に適用されるべき規定の内容が時代により異なっているということがあ。そのため、過去のある時点で発生した問題や、過去から継続してきている問題について、現行の規定を適用するのか、かつての規定を適用するのかを定めるルールが必要となる。それが時際法である」。時際法は、「それ自体としては問題に対する最終的な解（賠償額がいくらだとか、離婚が認められるか否かといったこと）を与えるわけではなく、最終解を与える

<sup>9)</sup> 法制執務の文献における同旨の指摘として、参照、高辻正己（内閣法制局次長）『立法における常識〔全訂新版〕』（学陽書房、1958年〔初版、1954年〕）118頁以下、林修三・吉国一郎・角田禮次郎（ともに内閣法制局）『例解立法技術〔第二次全訂新版〕』（学陽書房、1983年〔初版、1955年〕）494頁以下、川口頼好（衆議院法制局）『立法の技術と理論』（日本評論新社、1963年）167頁以下、田島信威（参議院法制局）『最新法令の読解法〔四訂版〕』（ぎょうせい、2010年〔初版、1980年〕）327頁以下、大島稔彦（参議院法制局）編著『法令起案マニュアル』（ぎょうせい、2004年）382頁以下。

<sup>10)</sup> 林・吉国・角田・前掲『例解立法技術〔第二次全訂新版〕』495-496頁。

ルールを導き出すという役割を果たすものである」<sup>(11)</sup>。主たる規範（法令でいえば本則の諸規定）に対して二次的・付随的なルールが時際法の対象なのであって、その意味で、「間接規範」という性格を有していると指摘される。確かに、法律の時間的適用範囲が実践的場面においては間接規範（適用法令の決定）として決せられることに間違いはない。

だが、こうした技術的な捉え方では、ここに時間的な問題があることを見失ってしまうおそれがある<sup>(12)</sup>。理論的観点からは、かつ、国内法（同一法秩序の内部）に限っていえば、時間的適用範囲のあり方は、法律の効力それ自体に関する本質論を前提としており、法律の効力の時間的射程や時間的限界として決せられるのではないだろうか。

国内法に関して、法律は両議院で可決・成立することによって法律として完成するが、「対象となる事柄に対して現実的な効力を発揮するようになるためには、さらに、公布され、施行されることが必要」である。「施行」とは、「制定された法令の規定が一般的に効力を有することになる状態」をいう。では、日本法の立法実務において、施行と適用はどのように区別されるのか。

「普通、法令は、施行されればその施行の時からその法令の対象となる事柄に適用されていきます。ところが、法令の内容によっては、施行の時期を決めただけでは、その法令が具体的にどの対象から働くのか、はっきりしないことがあります。こうした場合には、施行期日に関する定めと同時にどの対象について、いつから、あるいはどういう場合から規律しはじめるかということを、『適用』という言葉を使って明らかにする必要が生じます。附則の中に出てくる『適用する』とか『適用しない』という言葉には、こうした役割があります。

たとえば、法人税の税率を変更する法人税法の一部改正がある年の4月1日より施行されたとします。ただ、それだけでは、新しい税率が、4月1日以後に生じた所得から適用があるのか、4月1日以後に開始する事業年度分の所得から適用があるのか、それとも4月1日以後に終了する事業年度分の所得から適用があるのかははっきりしません。そこで、こうした場合には、『この法律は平成〇〇年4月1日から施行し、～同日以後に終了する事業年度分の法人税から適用する』というように規定して、その関係を明らかにするものです。』<sup>(13)</sup>

<sup>11</sup> 道垣内正人「間接規範」法学教室 212 号（1998 年）76 頁。

<sup>12</sup> 道垣内は、前掲論文の最後で、「二次元の世界の蟻と三次元の世界の鳥の話」という比喻を持ち出して、時際法と国際私法の相違を説明している。すなわち、「実質法がそれ自体無限の広がりを持つ一つの平面上で秩序を構築しているのに対し、国際私法は、鳥のように飛び回り、単位法律関係ごとに準拠法を決定し、それらをつなぎ合わせて適用していくことによって国際的な私法秩序を構築するという役割を果たしているのである。……〔時際法は〕一つの平面の上での適用関係を司っているに過ぎない。それに対して、準拠法決定ルールは、異なる平面である各法域の法律のいずれを適用するかを決定するという役割を担っている」（82 頁）。

だが、こうした比喻では、時間の次元が無視されてしまっている。「二次元世界の蟻には、どの面にいるのかという観念がない」とも述べているが、このことは瞬間を切り取った静止した世界においてしか正しくない。時間という次元を認めるとすれば、「どの面にいるのか」は分からなくても、“いつの面にいるのか”は観念することができる。そうすると、時際法もまた、“異なる平面をつなぎ合わせることで法秩序を時間的に構築するという役割を果たす”ものであると言えるであろう。

<sup>13</sup> 吉田利宏『新法令用語の常識』（日本評論社、2014 年）58 頁。本文直前の引用は、51 頁・53 頁。

ある法律やその特定条項の適用対象は客観的に定まっているはずであるが、実際の法執行においては必ずしも適用対象が明確でない場合があり得ることから、立法実務では、そうした場合に、附則の規定によって適用対象が明示されるのである。そうであるとする、適用対象の明示はあくまで確認的意味しかない。おそらく、明示されていなくても解釈によって同じ結論が導かれるはずである。こうした明文規定が置かれていない場合には、時間的適用範囲が実際に問題となる。

もっとも、適用対象を明示する附則規定には、確認的意味にとどまらない意味が与えられている場合がある。本来ならば適用されない対象に対しても適用しようとする場合にも、「適用」という言葉が用いられるのである。その一つが、「遡及適用」である。

「法令は、『施行』によって、現実に対象となる事柄について効力を発揮し始めるわけですが、その法令の対象となるべき事柄は、普通、施行の日より後のもの、つまり、『将来のもの』となります。ところが、場合によっては、ある法令を、その施行の日より遡って過去の事柄に当てはめる必要が生じることがあります。これを『遡及適用』といいます。この趣旨を条文で表すには、『この法律は、公布の日から施行して、平成〇〇年1月1日（注：公布の日より前の日付）から適用する』と、  
『適用』という言葉が使われます。」<sup>14)</sup>

こうしてみると、立法実務においては、一定の政策的目的から新規立法や法改正が企図された後に、当該目的を実際に達成するために必要最小限の条文が立案され、その作業に際して、あるいは念のために、あるいは必須のものとして、「適用」に関する規定が附則に置かれると言える。何れにしても、明文で規定された以上は、それに従って運用されることになる。

ただ、理論的には、本来ならば適用されない対象にも適用することが認められた場合、それは単に「適用」の問題にとどまらないように思われる。立法技術としては上記引用中の例文のように規定されているようであるが、例えば「遡及適用」が認められた場合、それは、当該の法律・条項については遡及的に「施行」することを意味している。というのも、法律は施行されることで一般的に効力を有する状態になるため、法律をそれが効力を有していなかった時点において適用することはできない。公布されても施行されなければ適用できないことは言うまでもない。このことは、遡及適用の場合でも同じである。すなわち、公布あるいは附則規定上の施行日より遡って、過去のある時点や過去に生じた事実に対して法律を「適用」しようとするのであれば、当該法律は過去において「施行」されていたと見なすのでなければならない。つまり、過去において効力を有していたと擬制するのでなければ、「遡及適用」はあり得ないはずである。

また、「遡及適用」とは逆に、新規立法や法改正に際して将来的に一定事実に限ってある

---

<sup>14)</sup> 同上 58-59 頁。

規定を適用しない場合、立法技術としては、「なお従前の例による」あるいは「なお効力を有する」という規定が置かれる。ここでは、より明瞭に、旧法を「適用」するのではなく、旧法が新法後も効力を保ち続けるという捉え方が表れている。

要するに、時間的適用範囲という場合、時間的にどの範囲内の事実に対して当該法律は適用されるのかが問われるのであるが、その前提には、ある法律が効力を生じている、あるいは保ち続けている必要がある。逆からいえば、理論的には、より本質的な時間的効力のあり方を前提として、ある事実に対して法律が適用されるか否かに関する時間的適用範囲が具体的に定まる、という関係にあると解される。そこで、本研究としては、国内法については、時際法ないしは経過措置を、時間的適用範囲ではなく“時間的効力”の問題として位置づけるべきであると考えている<sup>(15)</sup>。より本質的な次元から問題を捉える必要があるように思われるからである。例えば、法律の「遡及適用」はそれを認める明文規定がない限り許されないと解されているが、このことは、施行によって生じる法律の効力は将来的であるからだと説明される。そうすると、やはり、時間的効力に関する何らかの法原則が背景にあるのではないだろうか<sup>(16)</sup>。

なお、以上の捉え方には、本研究の対象である法律や行政立法以外をも対象に含むことができる広がりがある。例えば、裁判判決は、法令の存在を前提として（法令には一定の時間的効力があり、一定の事実に対して適用され得ることが客観的には予定されていることを前提として）、その要件に該当する事実が生じた場合に、法令の適用という形でなされる。判決がなされる時点は必然的に事実発生時より後であり、そして、判決は事実発生時にまで遡って効力

<sup>15</sup> ただし、フランス法はこうした捉え方をしていない。一般に、「法律の時間的適用」あるいは「法律の時間的抵触」という表題や項目立てが見られる。これに対して、日本法の文献では、時間的適用範囲よりも、しばしば、「法律の時に限る効力」や「法律の効力の時間的限界」といった項目が立てられている。

なお、法の時間的効力に早くから着目したのは、清宮四郎であった。参照、「違法の後法」『国家作用の理論』（有斐閣、1968年）75-99頁（初出、1934年）、「憲法の時間的適用範囲」『憲法の理論』（有斐閣、1969年）95頁以下（初出、1943年）。

<sup>16</sup> この点に関しては、法律が“効力を生じること”の意味を実定法制度を踏まえた上で慎重に整理する必要がある。ただ、日本には法の適用に関する通則法2条の規定しかないため、「公布」や「施行」の意味は、実務家によって法制執務の文献において本文のように説明されてきた。

オーストリア憲法49条は、「連邦法……は、連邦首相により連邦官報において公示されなければならない。その拘束力（verbindende Kraft）は、他の特段の定めがない限り、その公示を記載する連邦官報の号が出版および送付される日の経過後に始まり……」と規定している。この規定等を手がかりにしつつ、ヴィンクラーは、「有効性（Geltung）」と「拘束性（Verbindlichkeit）」とを区別し、前者は立法手続を経て公示（公布など）がなされることで生じるものであり、後者は法律の意味内容が現実的に生じることであり、「法律決定の意味内容の名宛人に対する適用可能性の時点によって生じる」と解している（Günther Winkler, *Zeit und Recht*, Springer, 1995, p. 185 et suiv. et 215）。

また、フランス法では、効力発生は«*entrée en vigueur*»と呼ばれてきたが、この概念は曖昧であり時間的適用関係を論じる上では混乱を招くことから、昨今では、概念の精密化がなされている。すなわち、立法手続を経ることを意味する法律の「制定（édiction）」、法規範が名宛人に対して拘束力を生じるようになることを意味する「拘束性（observabilité）」、法規範がその規律対象事実に対して実際に適用されて法効果を生じうることを意味する「適用可能性（applicabilité）」の区別がなされている。通常は拘束性の発生時点を効力発生時点とみてよく、そして、後二者が一致するのも通例である。だが、このことは遡及立法の場合には妥当しない。そのため、適用可能となった時点が効力発生時点であると解されている（この点の紹介と論点の簡潔な指摘として、参照、Gweltaz Éveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007, pp. 51-64）。

が生じる。しかし、この点、判決の効力の時間的限界が問題となり得る。これは本研究の対象ではないが、時間的適用範囲という捉え方だけでは問題の共通性を見失うおそれがあると言えるかもしれない<sup>(17)</sup>。

ただし、刑法に関しては、特別な位置づけが求められる。犯罪行為の実行後や公訴提起後・第一審判決後において刑に変更があった場合については、遡及処罰の禁止や、被告人に有利な規定を適用することが原則とされている（憲法 39 条、刑法 6 条、刑訴法 337 条）。憲法上の限界があるため、法律の効力を論じる余地は乏しく、実際上は、専ら時間的適用範囲が問題になる。もっとも、行政犯の処罰に関しては、罰則規定の適用をめぐる関連する実体規定の時間的効力が問われうる。この点については、罰則規定の改廃があった際、「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。」といった規定が附則に置かれることが多い。また、刑事法においても、公訴時効など、単なる時間的適用範囲にとどまらず時間的効力として理論的に論じることのできる問題もあるように思われる<sup>(18)</sup>。

さて、時間的効力論の成否それ自体には議論の余地があり得るかもしれない。ただ、本研究がこうした理論的視座を設定しようとする背景には、以下のような問題関心があることも関係している。

### 3. 問題関心

時際法という学問領域があるとしても、国内法に関しては、日本の法律は附則において経過規定を詳細に整備しているためか、経過措置ないしは時際法が学問的議論の対象とされることは少ない<sup>(19)</sup>。「経過措置を講ずるか否かは、もっぱら立法政策の問題であると考えられる」<sup>(20)</sup>という理解が、おそらくは一般的であると思われる。だが、果たして、現実的に極めて重要な経過措置を立法政策の問題であるとして実務に委ねてしまうことは、学問的態度として適切なものであろうか。

本研究の出発点には、こうした疑念がある。もちろん、実務的解決が妥当ではないと評

<sup>17</sup> なお、冒頭で取り上げた違憲判断の遡及効の問題は、初めての違憲判断であれば判決効の問題ということになるが、非嫡出子の相続分差別の場合のように判例変更である場合には、判例変更の遡及効という別の問題である点には注意が必要である。両者は共通する側面もあるが一応は異なる問題である。

<sup>18</sup> 公訴時効については、2010 年に刑法 31 条・32 条と刑事訴訟法 250 条の改正（平成 22 年法律第 26 号）によって一部の犯罪について公訴時効が延長されたり殺人罪などにつき公訴時効が廃止された際には、「この法律の施行の際既にその公訴の時効が完成している罪については、適用しない」（附則 3 条 1 項）、「この法律の施行の際その公訴の時効が完成していないものについても、適用する」（同条 2 項）と規定された。少なくとも 2 項については、「遡及適用」を認めたのである。

また、特に刑事処罰に関して、判例変更の遡及効という論点がある。この点については、差し当たり、参照、中山研一『判例変更と遡及処罰—岩教組事件第二次上告審判決を契機に』（成文堂、2003 年）。

<sup>19</sup> 附則が整備されているために実際に問題が生じなかったことから学問的議論が必要とならなかったことの指摘として、法律の遡及効に関連してであるが、参照、稲葉彬「私法の領域における『法律不遡及の原則』について——日・仏の比較法的視角からのアプローチ」浜松短期大学研究論集 55 号（1999 年）192 頁。稲葉は、外国に比して議員立法が少ないことも、学問的議論が低調であったことの事情の一つに挙げている。

<sup>20</sup> 碓井光明「租税法律の改正と経過措置・遡及禁止」ジュリスト 946 号（1989 年）122 頁。

働しているわけではない。昨今の法律の附則を見るならば、実務では極めて周到的な配慮がなされていることが分かる。しかしながら、その結果、附則の経過規定はあまりにも技術的かつ緻密に過ぎ、複雑・難解になっている場合も少なくない<sup>(21)</sup>。立法実務がどのような具体的基準に拠って経過措置の有無や内容を決めているのかも、明らかではない。内閣提出法案について事前審査を行う内閣法制局に対しては、過度の前例踏襲主義<sup>(22)</sup>が批判されることすらある。

法制執務の文献をみても、経過措置に関しては抽象的な理念が提示されるのみで、他には立法例・立法技術を整理するに留まっている。例えば、その理念について、内閣法制局の元長官である高辻正巳は次のように述べている。

「立法の内容は、その立法が既存の法に変更を加えようとするものであるとき、その立法の事前において、特定の人が、その立法が変更を加えようとする既存の法にもとづき正当に占めてきたところの、一定の利益を享受することができる地位——既得の権益的地位——を不当にそこなうことがないように、心しなければならない。この既得の権益的地位は、……特定の人がその法によってすでに具体的に取得した権益的地位を意味するのである。これをみだりに侵害し得ないことは、人権尊重の趣旨からいっても、当然であるが、立法上、既得の権益的地位の尊重ということが特に指摘されるゆえんは、その地位がそれにもとづいて取得された既存の法を変更するあらたな立法によりほしいままに否認されることになっては、人々の法の権威に対する信頼を弱め、法律生活の安定を失わせることになるからである。

既得の権益的地位は、しかしながら、絶対に手をつけることができないものでは、むろんない。もし、それが取得される根拠となった既存の法を変更するあらたな立法が、既存の法の施行時における事態を一掃することこそ、まさに公共の福祉に適合すると考えるのであれば、新法によって現に人々が占めている既得の権益的地位を否認することもまた、やむを得ない。つまり、既得の権益的地位の尊重は絶対的な立法原則ではない……。」<sup>(23)</sup>

こうしたことから、高辻によれば、「経過措置を定めるに当たって考えるべき第一の基礎理念としては、既得の権利ないしは地位の尊重、保護ということである」<sup>(24)</sup>とされる。し

<sup>21</sup> 経過措置の難解さについては、元内閣法制局参事官の一人も述懐している。話題は、公共企業体職員等共済組合法につき毎年のように繰り返された一部改正に関してである。「毎年の本法改正法の審査作業は事務的にはなかなかややこしいものでありました。本則の改正は毎回ごくお軽いものでしたが、改正の眼目はむしろ附則の改正にあり、これが難物です。更に本則改正の経過措置はまでも、附則改正の経過措置となると頭痛針灸でした。〔中略〕附則の改正が眼目というのですから、甚だ専門技術的で、当時運輸省、国鉄でも事務的にある程度説明できたのは、ベテランの方々が二、三人にすぎなかったと覚えています。これでよいのだろうか、我々が担当をはずれた後はどうなるんだろう、もっとわかりやすい制度にしなければいけない、という気持は持っており、話し合ったこともあるのですが、何等具体化せずに終わりました」。これは、1955年から1962年まで参事官を務めた上原啓の回想である（内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局の回想』（ぎょうせい、1985年）310-311頁）。

<sup>22</sup> 参照、中島誠『立法学一序論・立法過程論〔第3版〕』（法律文化社、2014年）83-85頁。

<sup>23</sup> 高辻・前掲『立法における常識〔全訂新版〕』（1958年）121-123頁（出版当時は法制局次長）。

<sup>24</sup> 同上。



かし、既得権ないし類似の用語について定義が示されることは殆どない。“既得権”“既得の権利”“既得の権益”“既得の地位”の名において観念されていることとは、一体何なのだろうか。

既得権が語られるとき、そこに厳密な意味はなく、一定の理念を示すだけなのかもしれない。それでも、確かに“既得権的発想”は立法実務に深く浸透していると言える。現実の立法過程をみると、既存の法制度に対する相当に慎重な検討がなされている場合が少なくないからである。しかも、そこには政策的配慮が働いているだけではないように思われる。そうであるとすれば、経過措置をめぐっては、政策的配慮にとどまらない問題の広がりがあるはずである。すなわち、“既得権的発想”は政策的理念だけでなく法理論的な意味合いをも有しているのではないだろうか。

#### 4. 経過措置の法理論的側面——教員免許更新制の導入をめぐって

経過措置については、確かに、法理論的観点からの検討が求められることがある。あくまで一例としてであるが、教員免許更新制を導入するための法改正とそれをめぐる審議内容からは、このことが窺われるであろう。

教員免許への更新制の導入は、2007年の教育職員免許法の改正（平成19年6月27日法律第98号）によるものである<sup>25)</sup>。従来、小中高の教員の資格である免許状に有効期間はなかったが<sup>26)</sup>、この改正によって、新たに10年の有効期間が設けられるとともに更新制が導入された<sup>27)</sup>。更新制は、今後取得される免許状だけでなく既に取得されていた免許状もその対象となる。だが、既存の免許状保持者にとっては自己の有する資格の内容に対して極めて重大な変更がなされることから、検討段階では、そうした変更が許されるのかが議論となった。

この問題は、更新制の導入が初めて本格的に検討された当初から、すでに意識されていた。2002年の中央教育審議会の答申は、「教員に免許状取得時に課されていなかった新たな要件を後で更に課すことになり、しかもこの新たな要件を満たすことができないときは、資格がはく奪され、その業務が遂行できなくなる可能性を生じることになる」という側面を指摘して、更新制導入には「慎重な対応を要する」と結論づけていた<sup>28)</sup>。

この答申で示された懸念は、正確に言えば、免許取得時にはその維持のために必要とされていなかった義務が課されることとなり、同時に、国公立学校の現職教員にとっては公

<sup>25)</sup> 参照、市川須美子「新教育基本法法制を始動させる教育三法」法セミ632号（2007年）52頁以下、小林正直「教員免許更新制の教育法的検討」日本教育法学会年報39号『子どもと教師をめぐる教育法学の新課題』（有斐閣、2010年）80頁以下。

<sup>26)</sup> 改正前は、「普通免許状は、すべての都道府県……において効力を有する」というように、免許状の効力の場所的範囲のみが定められていた。

<sup>27)</sup> 免許更新制とは、「普通免許状は、その授与の日の翌日から起算して10年を経過する日の属する年度の末日まで、すべての都道府県……において効力を有する」こと（9条1項）、および、有効期間の延長のための手続として免許状更新講習の修了を要すること（9条の2、9条の3）を主な内容とする。

<sup>28)</sup> 中教審答申「今後の教員免許制度の在り方について」（特に、Ⅱ-3）、その別添資料である「教員免許更新制の可能性の検討にかかる問題点の整理」。

教員の身分の保持のために新たな義務が付加されることを問題としたのである。この点は、立法実務上では無視し得ない論点であった。実際、2002 年答申の策定過程においては、更新制の導入について「内閣法制局による困難性の指摘があった」と伝えられている<sup>(29)</sup>。2002 年の時点で更新制の導入が見送られたことには、内閣法制局が何らかの点で関係していたのである（ただし、具体的なやり取りは不明）。

だが、更新制の導入を提言した 2006 年の中教審答申は、このことについて自覚的に触れておらず、更新制の導入そのものの妥当性や必要性について述べるだけであった<sup>(30)</sup>。では、問題が解決されたかということ、そうではない。むしろ真逆であり、既存の免許状の扱いについては深刻な問題として受け止められ、極めて周到な配慮がなされた。というのも、改正法では、現職教員については有効期間の設定も更新講習の義務づけも適用除外とされ、改正前の旧法下で取得した免許状には、なおも「有効期間の定めがないものとする」とされたのである（附則 2 条 1 項）。

もちろん、現職教員も新たな更新制の対象となっていることは、文科省も強調している<sup>(31)</sup>。実際、同じく附則の規定により、現職教員（旧法による免許状の保持者）のみを対象とした「修了確認期限」という独自の仕組みを設けた上で、「免許状更新講習……の課程を修了したことについての免許管理者……による確認」が義務づけられ（附則 2 条 2 項）、この確認を受けなかった場合、免許状は効力を失うとされた（附則 2 条 5 項）。更新講習の修了確認期限は、更新制が開始される 2009 年（平成 21 年）4 月から最長でも 11 年以内の期間内において省令で定める年度の末日に到来するものとされ（2 条 3 項 1 号）<sup>(32)</sup>、期限内に更新講習の修了確認を

<sup>29</sup> 三宅浩子「教員免許更新制度の政策過程に関する予備的考察——2004 年中央教育審議会諮問に至る経緯」教育行財政論叢（京都大学）10 号（2007 年）33 頁。三宅は、文部科学省の担当者にインタビュー調査を行ったようである。

なお、三宅が引用している通りであるが、2006 年 4 月 21 日の教員養成部会（第 42 回）の議事録中にも、2002 年答申の策定過程において内閣法制局とのやり取りがあったことに言及している部分がある。すなわち、委員による「平成 14 年の答申を取りまとめる際、更新制をめぐり内閣法制局と色々なやり取りがあったが、その点は現在どのようになっているのか。」との発言に対して、事務局が「法制的に、どのような形で更新制を制度設計するかについては、議論いただきながら整理していきたいと考えており、具体的に法制局との間で整理している状況ではない。制度化にあたっては、中教審での議論を十分に踏まえながら整理していく必要がある。」との応答をしたことが記録されている。

<sup>30</sup> 中教審答申「今後の教員養成・免許制度の在り方について」の別添 3「平成 14 年の答申において指摘した課題との関係」。この答申では、問題点について応答がなされてはいるが、正面から答えたものではない。すなわち、「我が国全体の資格制度との関係については、本来、資格制度の在り方は、当該制度の特性や業務の性質等を踏まえて検討されることが基本であると考え。教員免許状について考えてみると、教育は、その特性上、その成果を客観的かつ短期間に評価することが、他の職業資格に求められる成果と比べてより困難であり、また、教員が心身の発達段階にある子どもに対して強い影響力を有するという側面を有している。このため、子どもに対して、その発達段階に即して、国民として必要な知識、思考力等を培うことを職責とする教員の資格を定める教員免許制度においては、当該制度の本来的な在り方として、教員として必要な資質能力の更新を制度的に担保する更新制を導入する必要性が高いと考える」。

<sup>31</sup> 文科省ウェブサイト「教員免許更新制の概要」。

〈[http://www.mext.go.jp/a\\_menu/shotou/koushin/001/1316077.htm](http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/koushin/001/1316077.htm)〉

<sup>32</sup> 具体的な修了確認期限については、文科省ウェブサイト「平成 21 年 3 月 31 日までに教員免許状を授与された教育職員等の方々へ」。〈[http://www.mext.go.jp/a\\_menu/shotou/koushin/08041112.htm](http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/koushin/08041112.htm)〉

受けた場合には、「当該修了確認期限の翌日から起算して 10 年を経過する日の属する年度の末日」が、新たな期限となる（同 2 号）。つまり、現職教員についても、実質的には 10 年間の有効期間が新たに設定されたことになる。そして、免許状が失効した場合に自動的に地方公務員としても失職するか否かについては、明確な規定がなく、更新制の導入時には議論があったが、実務では失効時点に遡って失職させているようである<sup>(33)</sup>。

しかし注意すべきは、実質的には更新制と同じだとしても、既に取得された免許状に対しては有効期間が新たに設定されることはなかったのである。定期的に講習を受ける義務と、それに応じた免許失効事由が新たに付加されたものと解される。なお、免許状の効力が失効するのは現職教員に限られており、旧免許状を有しているが現職教員ではない者については、更新講習を受けなくても免許状は有効なままである（附則 2 条 5 項）。そのため、「履歴書等に過去に教員免許状を授与されたことを記載することは可能」とされている（いわゆるパーパーティーチャーへの配慮）。修了確認期限が経過した後になって教職に就こうとする場合には、講習の修了が必要になる（附則 2 条 7 項）<sup>(34)</sup>。

では、なぜ、既存の免許状に対して事後的に有効期間を付すことができなかったのか（あるいは、何らかの理由で避けられただけで理論上は可能なのか）。なぜ、更新講習の修了確認の義務づけであれば可能なのか。改正法に附則がなかったとすれば、現職教員の免許状にも 10 年の有効期間が付されることとなったのか（その場合には、免許状の取得から既に 10 年を経過している現職教員はどのような影響を受けるはずであったのか）。一度任命された公務員だが任命のために必要な資格に対して事後的に付加された要件を満たしていないことを理由にしてその身分を剥奪することは許されるのか。

実際の法案作成過程での検討事項は明らかでないが、このように問うてみると、経過措置の内容が必ずしもその時々为社会情勢や政策的課題に専ら付随して決定されているだけではないことが推察されよう。例えば、原田大樹は、信頼保護の原則の観点から、「過去の免許取得者に対する実質的な遡及適用に対する移行措置が不十分である」との批判があり得ることを指摘している<sup>(35)</sup>。もちろん、「〔既得の権利・利益について〕どの程度、どのような保護を行うのかは、その本則の政策との関係で具体的な考慮を必要とする」<sup>(36)</sup>ことは間違いない。だが、抽象的な理念として語られる“既得権”への配慮は、具体的な制度設

<sup>33</sup> 例えば、「東京都公立中学校教員の失職について」（平成 24 年 7 月 6 日教育庁）によると、教員免許状更新講習は修了していたが、更新手続を行っていなかったことが平成 24 年 7 月に判明した現職教員は、同年 3 月 31 日に遡って失職とされた。

<sup>34</sup> 参照、文部科学省ウェブサイト「教員免許更新制の実施に際して、教職に就かれていない方々へ」。  
[http://www.mext.go.jp/a\\_menu/shotou/koushin/010/08082808.htm](http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/koushin/010/08082808.htm)

<sup>35</sup> 原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014 年）187 頁。本文引用の指摘に続けて、原田は、既存の免許取得者による教員免許が無期限であることへの信頼が絶対的に保護されるべきというわけではないにしても、「免許の効力に事後的な制約が加えられる場合には、それに伴う不利益がより小さくなるような移行措置が用意される必要がある。例えば、非常勤講師として働いている層が一定数存在する現状を前提とするならば、初回の更新講習は無料で実施するといった措置が必要であったように思われる」と述べている。

<sup>36</sup> 大島・前掲『法令起案マニュアル』384 頁。

計となると、法理論的な検討を必要とすることもあるのである。経過措置が「立法技術上最も難しいもの」<sup>(37)</sup>であることの一因には、こうした側面も関係しているように思われる。

「経過規定は、法の不断の進歩と、法に内在する安定性の要求を、どう円滑に調和させるかというところに重点を置いて考えるべきものである」<sup>(38)</sup>とされている。あるいは、「法律の本則が『法の理想を語る』静的な法規範といえるなら、附則は『法の理想と現実をつなぐ』動的な法規範といえる」<sup>(39)</sup>。社会状況や政策内容に応じて、また、法理論的な枠や限界を踏まえて、適切な調和のためには極めて多面的な考慮が不可欠であるからこそ、その作業が困難であるのも想像に難くない。こうしたことから、困難な作業を実務に一任してしまうべきではない。少なくとも、法理論的側面に関しては、学問的な応答が試みられてしかるべきものと思われる。

## 5. 法の時間的効力論（時際法論）の学問的意義

以上のように経過措置は政策的・法理論的に重要であるにもかかわらず、立法技術としては困難が伴う。経過措置は国民にとって重大事であり、阿部泰隆が述べているように、「附則まで読まないで不足で、不測の事態を生ずる」<sup>(40)</sup>こともあり得る。そのため、その内容について“既得権”への配慮といった指導的理念の他には理論的・実務的基準が不明確であるとすれば、決して好ましい状況ではない。解釈論だけでなく立法論をも視野に入れた上で、「法の進歩と安定性の調和」それ自体を規律する法、「法の理想と現実をつなぐ」法を探究することが求められるはずである。

この点、田中耕太郎の昭和10年における指摘が現在でも傾聴に値しよう。それは、経過措置に関する研究の必要性和学問的意義を端点に示している。

「現代の法律制度の複雑化と其の頻繁な改廃に適応して各種の法に関する時際法的原則の発見は、経過規定制定に指導原理を与ふるために絶対に必要であり、今後益々実際的重要性を加ふるのみならず、それは理論としても甚だ興味深いものである。」<sup>(41)</sup>

しかしながら、昨今の学問状況においては、理論と実務の架橋が意識されるようになって

<sup>37</sup> 林・吉国・角田・前掲『例解立法技術〔第二次全訂新版〕』495頁。

<sup>38</sup> 同上495頁。

<sup>39</sup> 法制執務用語研究会『条文の読み方』（有斐閣、2012年）9-10頁（執筆者は衆議院法制局の職員らである）。ここでも、「法令を作成する人たちの世界では、『経過措置が書けるようになったら一人前』とまでいわれています」と述べられている。

<sup>40</sup> 阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）740頁。

<sup>41</sup> 末弘厳太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和10年）「時際法（経過規定）」1097-1101頁（引用は1098頁、田中耕太郎執筆）。なお、田中耕太郎は、時際法を次のように定義している。「時際法とは、二個又はそれ以上の法律制度又は法律規定が時間的に先後の關係に於て存在するときに、或る法律事実が其の何れの支配に属するものなるかの問題を解決することを目的とする法則である。それは法律事実に対する關係に於ての特定の法律制度又は法律規定の時間的支配（zeitliche Herrschaft）又は時間的限界（zeitliche Grenzen）の問題であり、二個以上の法が先後の關係に於て存在し、前者が後者に依って改廃せられていることを当然の前提とする」（1098-1099頁）。

ているにもかかわらず、法の時間的効力論（時際法論）への取り組みは十分とは言えない。それどころか、各法分野の概説書からは、伝統的には置かれていた「法律の時に係る効力」ないしは「法律の時に係る適用範囲」という項目が消えつつある<sup>(42)</sup>。行政法学においても、議論が活発というわけではない<sup>(43)</sup>。

そうした中で注目されるのは、行政法の代表的な概説書の一つである宇賀克也『行政法概説Ⅰ』が、行政行為の効力論などの純理論的な論点を削ぎ落としているにもかかわらず、「行政法の効力」の「時間的限界」について独立した項目を置いていることである。そして、「行政に関する法令の時間的限界……についての基礎知識は、立法に際して不可欠であるのみならず、判例の存在からも窺えるように解釈論にとっても重要である」と述べている<sup>(44)</sup>。確かに、該当箇所を読んでみると、行政法の時間的効力に関しては豊富な実例のあることが分かる。

おそらく、新設・改廃の激しい行政関連法令であるからこそ、この問題が行政法では重要であり続けているのではないか。昨今でも、行政関連法令の経過措置をめぐっては、例えば既存不適格の仕組みを一因とした死亡事故が繰り返されるなど、法理論的にも社会問題としても無視できないはずの問題が生じている<sup>(45)</sup>。こうしたことから、現在では、経過

<sup>42</sup> このことの指摘として、参照、小粥太郎『民法学の行方』（商事法務、2008年）第5章「時際法・入門」129-146頁（133頁注3）。

<sup>43</sup> 例えば、行政法の時間的効力の問題は、行政法の争点〔初版〕（1980年）56-57頁、同〔新版〕（1990年）44-45頁で取り上げられていたが、第3版（2004年）では割愛された。行政判例百選でも、第4版（1999年）までは関連判例が取り上げられていたが（173事件、205事件）、第5版（2006年）では割愛された。

<sup>44</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2013年）14-21頁。

<sup>45</sup> 2006年にエレベーターの誤作動（扉が開いた状態での上昇）によって体を挟まれ死亡するという事故が起きたことを受けて、2009年に建築基準法施行令が改正され、そうした誤作動を防止するための安全装置（扉が開いたままではかごが動き出した場合に自動的に停止させる補助ブレーキ）の設置が義務化された（建築基準法34条1項がエレベーターについて「安全な構造」を求めており、具体的な技術的基準は36条によって政令に委任され、これを受けて、建築基準法施行令には、129条の8（制御器の構造）および129条の10（安全装置）の規定が置かれている）。だが、建築基準法3条2項は既存不適格を制度化しており、既存の建築物に対して新規規制は適用されない。そして、2012年には、再び、同様の死亡事故が生じてしまった（参照、2012年11月2日付け毎日新聞朝刊）。また、火災による死亡事故は後を絶たないが、これも既存不適格が遠因になっていると思われる。2012年にも、新規規制を免れたことで7人が死亡するラブホテルの火災事故が発生した（参照、2012年5月14日付け毎日新聞朝刊）。

既存の施設・設備が新基準に適合するためには多額の工事費用がかかるため、直ちに適用し難いという事情があることは確かである。例えば、既存のエレベーターに追加の安全装置（補助ブレーキ）を設置するには、一台あたり500万円以上の費用がかかり、かつ、取り付け工事には一から二週間程度を要するという（参照、2012年11月2日付け毎日新聞朝刊）。また、火災報知器を新たに設置するには、一施設あたり55～75万円の費用がかかるようである（参照、総務省・規制の事前評価書「自動火災報知設備に関する基準の見直し」（平成25年10月23日））。

なお、火災事故については、事故の翌月には消防庁内部で検討が始められ、検討会の報告書（「ホテル火災対策検討部会報告書」（平成25年7月））を踏まえて、これまでは火災報知器の設置義務のなかった延べ面積300㎡未満の旅館・ホテル等についても、事故翌年の2013年の消防法施行令の改正（平成25年12月27日政令第368号）により、設置が義務づけられることになった（21条1項）。しかし、改正政令の施行は2015年（平成27年）4月1日まで延期され、しかも、これは新築の場合のみが適用対象であり、既存建築物や工事中のものについては新たな規制の実施がさらに猶予されて、2018年3月31日までは「なお従前の例による」との経過措置が設けられた（平成25年政令附則3条2項）。事故から6年、政令改正から5年、施行から3年もの間、現状維持が認められることとなったのである。

措置について、立法技術に留まらない多角的かつ総合的な研究が必要になっているように思われる。そして、その理論的研究の場となるのが、法の時間的効力論（時際法論）である。

## 6. 課題——既得権の尊重とは何を意味するのか？

さて、本研究は、いわゆる既得権をめぐる、それが経過措置の「第一の基礎理念」とされてきたことに着目するとともに、それが定義なく曖昧なままに立法実務を理念的に方向づけてきたことに疑問を持っている。そのため、既得権の概念を問い直すべきであると考えている。こうしたことから、その概念を軸に据えて、法の時間的効力の理論的分析に取り組むことを目的とする。

このような研究目的の設定は、既得権の復権を目指しているのではない。まずは重要な基礎理念の一つを法理論的に解明することにより、総合的研究のための理論的基礎を固める必要があると考えたためである。それはまた、派生的・発展的あるいは新たな問題の法的検討のための土台にもなり得るはずである。確かに、経過措置の立法例の個別的研究あるいは悉皆調査による相場の把握<sup>46)</sup>も重要であり、実践的意義はより大きいかもしれない。立法実務では旧法秩序の尊重について慎重な検討がなされており、そこには政策的価値判断以上の何かも影響しているとすれば、それを帰納的に分析した上で、諸要素を再構成することは可能であろう。だが、現状において、概念としては曖昧なままに既得権の尊重を実務的作業にとっての基礎理念とすることには疑問があり、適切・有用とは思われない。まずは、根源的なものを基礎理論的に解明することが不可欠ではないだろうか。

とはいえ、法の時間的効力が特に国内法においては立法政策の問題であると一般に解されてきただけに、その学問的研究にあたって、どのような課題設定をして、どのようにアプローチすることが可能かつ有用であるかは、それ自体、検証を要する。本研究は公法学の立場から考察しようとするものであり、立法政策それ自体を対象として設定しうる立法学や法政策学の立場からの研究ではないため、なおさらである。方法論を予め限定することは考察の視野を狭めることにもなりかねないが、少なくとも、本研究が取り組むべき課題を明確化する必要はある。

この点、本研究の問題関心からすれば、そして法学（法解釈学）の観点からは、何よりも、既得権を尊重することが法の時間的効力に関して何を意味するのかに注目すべきであると思われる。すなわち、既得権の侵害はどのようにして引き起こされるのであろうか、既得権を侵害しないように配慮するためにはどのような経過措置が求められるのであろうか。以下では、日本法の関連する具体的議論を参照することで、課題の明確化を試みることに

<sup>46)</sup> 仲野武志は、内閣法制局での勤務経験を踏まえての行政法学の課題として、「立法例を分野横断的に博搜した上で行政実体法の全容を描いた研究」、「縦割りの政策領域を横串のテーマ・視角から通覧して初めて把握される前述の“相場”について、できるだけ多くのテーマ・視角を取り上げて可視化する（該当する全ての立法例を分類した上で、それぞれの基礎にある理屈を再構成する）」研究の必要を説いている。仲野のいわゆる「相場」とは、「個々の立法例（テキスト）に通底するコンテキスト」である。参照、仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集 61 巻 6 号（2011 年）194 頁、197 頁注 11。

しょう。

以下、序章がかなり長くなってしまう。だが、昨今では学問的関心が向けられていない問題であるだけに、取り組むべき課題をできる限り詳しく明確化する必要があるものと思われる。

## 第二項 最高裁判決とその問題点

### 1. 背景事情と事案・判旨

既得権を侵害するのではないかが実際に大きく争われた事例としては、1978 年（昭和 53 年）の最高裁判決<sup>(47)</sup>を挙げることができる。この事例では、農地法 80 条による国有農地（自創法に基づき国によって買収された農地・未墾地であって小作農に対して売渡されないままに国が保有しているもの。以下では「買収農地」という。）の旧地主への「売払い」の価格につき、当初は「買収の対価に相当する額」とされていたところ、これが新法によって引き上げられたことから、新法の時間的適用範囲とその限界が争われた。

買収農地の売払価格に関する新法の制定をめぐるのは、複雑な事情が関係している。その契機は、昭和 46 年 1 月 20 日の最高裁判決<sup>(48)</sup>であった。当時、農地法 80 条による売払いのための要件は同法施行令 16 条 4 号によって限定されていたのだが<sup>(49)</sup>、最高裁は、当該限定を違法であると結論づけただけでなく、旧地主には、「買収農地を自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合」、売払いすべきことを求める権利が生じると判示したのである。これを受けて、判決直後の昭和 46 年 2 月 13 日に施行令が改正され（昭和 46 年政令第 13 号による改正）、売払事由が追加された<sup>(50)</sup>。しかし、「買収の対価に相当する額」による売払いを広く認めるとすると、土地の価格上昇が著しい状況にあって戦後の買収当時の安すぎる価格で売払うことになってしまい、旧地主は売払いを受けた土地を時価で転売するなどして莫大な利益を得られることになる。そのため、売払価格の引き上げが話題となったのである。ただ、その際には、昭和 46 年最判が旧地主に売払請求権があることを認めたにもかかわらず事後的に売払価格を引き上げることは可能なのか、特

<sup>47</sup> 最大判昭和 53 年 7 月 12 日・民集 32 卷 5 号 946 頁（判時 895 号 29 頁）。

<sup>48</sup> 最大判昭和 46 年 1 月 20 日・民集 25 卷 1 号 1 頁（判時 617 号 21 頁）。

<sup>49</sup> 新法（本文後掲）による改正前の農地法 80 条では、買収農地が「政令で定めるところにより、自作農の創設又は土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めたときは、省令で定めるところにより、これを売り払い、又はその所管換若しくは所属替をすることができる。」（1 項）、買収農地の売払いについては「その買収前の所有者に売り払わなければならない。この場合の売払の対価は、その買収の対価に相当する額（耕地整理組合費、土地区割整理組合費その他省令で定める費用を国が負担したときは、その額をその買収の対価に加算した額）とする。」（2 項）と規定されていた。これを受けて制定された農地法施行令 16 条 4 号では、農地法 80 条 1 項による売払いの対象は、「公用、公共用又は国民生活の安定上必要な施設の用に供する緊急の必要があり、且つ、その用に供されることが確実な土地等」に限られていた。

<sup>50</sup> 政令改正により、市街地の中にある土地（5 号）、災害の危険性のために農地に適さなくなった土地（6 号）、「その他自作農の創設又は土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことが相当である土地等」（7 号）は、農地法 80 条 1 項による売払いの認定ができることとされた。

に、最高裁が指摘した売払要件たる事実が既に発生しており現実的に売払請求権を有していると思なされる者との関係で売払価格を引き上げられるのか、が議論となった。

この問題に対する当時の見解については、ジュリスト誌上での座談会<sup>(51)</sup>が興味深い。というのも、昭和46年最判が認めた旧地主の売払請求権の性質の理解についての相違に起因して、各論者の見解には大きな隔たりがあったのである。それは、既得権をめぐる見解の対立でもあったとも言える。

すなわち、加藤一郎は、「農地法80条はいくらで買い戻せるという法律上の期待権、既得権的なものを与えたという性質のものではないのですから、対価を変えることは法的には自由だと思います」<sup>(52)</sup>と述べていた。これに対して、以前に内閣法制局の第一部長でもあった山内一夫は、「私は既得権がひとつ確定していると思うのですが、それでもその値段を幾らで売り戻すかといえ、それはそうきちんときまっているわけではない。合理的な範囲内であるならば、立法政策の問題だというふうに考えます」<sup>(53)</sup>という立場であった。今村成和も、座談会と別の論文において既得権の存在を認めていた。ただ、今村は、「旧所有者の権利は、その成熟度によっていくつかの段階に分かつことができる」と考えた。そのため、売払要件を満たしている旧地主が、国との間で売払いにつき売買契約を締結している場合、売払いの申込み（権利行使の意思表示）をしている場合、何らの意思表示もしていない場合に分けて検討された。そして、契約締結済みの場合は権利が実現しているために保護されるが、さらに、申込みをしていた場合についても、「売払いの手続がなされつつあるというのは、旧所有者が、既にその権利を行使したことを意味している」と理解して、新法から保護されるべきと主張したのである<sup>(54)</sup>。

多くの議論<sup>(55)</sup>がなされた末に、結果的には、議員立法である「国有農地等の売払いに関する特別措置法」（昭和46年4月26日法律第50号）が制定され、売払価格は「適正な価額によるものとし、政令で定めるところにより算出した額とする」（2条）とされた（同時に、農地法80条2項の売払価格に関する部分は削除）。「適正な価額」は、特措法の施行令（昭和46年5月22日政令第157号）により、「時価に10分の7を乗じて算出する」とされた。そして、最高裁まで争われた議論の直接の発端は、こうした売払価格の引き上げが適用される時期についてであった。というのも、「この法律は、この法律の施行の日以後に農地法第80条第2項の規定により売払いを受けた土地等について適用する。」（附則2項）と規定され、施行日以後は新法が一律に適用された。その結果、売払要件を既に満たしていた旧地主であっても、現実的に売払いを受けていなかった者には新法が適用されることになり、安価で買戻すことができなくなってしまったのである。そこで、財産権との関係で、特措法およびその附則2

<sup>51</sup> 雄川一郎・加藤一郎・佐伯尚美・山内一夫「座談会・国有農地の売戻をめぐる」ジュリスト479号（1971年）18-34頁。

<sup>52</sup> 同上24頁。

<sup>53</sup> 同上27頁。

<sup>54</sup> 今村成和「農地法80条と旧所有者の権利」ジュリスト479号（1971年）35頁以下（42-44頁）。

<sup>55</sup> 今村の上掲論文で参照されている様々な新聞報道から、議論の様子を窺うことができる。



項の合憲性が裁判で争われることとなった。

然るに、昭和 53 年の最高裁判決は、まず、昭和 46 年最判の趣旨を敷衍して、「自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、当該農地の旧所有者は国に対して同条 2 項後段に定める買収の対価相当額をもってその農地の売払いを求める権利を取得するものと解するのが相当である」とする。最高裁は、こうした理解に基づき、特措法自体はその施行日以後になされる売払いについて適用されるのではあるが（上記附則 2 項）、同法を「法律でいったん定められた財産権の内容を事後の法律で変更」したものと性質づけた。具体的には、売払請求権の価格面での内容が事後的に変更された、ということである。そして、そうした変更の合憲性について、次のような判断基準を示したのであった。

「右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いったん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである。」（結論として、本件特措法は旧所有者の権利に対する合理的な制約として容認された）

## 2. 売払請求権の性質

最高裁が提示したこの判断基準に関して、既得権に着目する本研究にとって注目されるのは、その当てはめの中での売払請求権の性質に関する判示である。すなわち、当該権利は立法政策から認められたものであり、かつ、「当該農地について既に成立した売買契約に基づく権利ではなくて、その契約が成立するためには更に国の売払いの意思表示又はこれに代わる裁判を必要とするような権利なのであり、その権利が害されるといっても、それは売払いを求める権利自体が剥奪されるようなものではなく、権利の内容である売払いの対価が旧所有者の不利益に変更されるにとどまる」と解された。

しかし、売払請求権の性質をめぐって、最高裁の判断には重大な見落としがあったと思われる。それは、高辻正巳裁判官（本件措置法は議員立法であるものの、これが昭和 46 年に制定された当時、内閣法制局長官であった）の意見から知ることができる。

「法律に定められている権利の内容を変更することと、その変更をした法律を既に国との間に設定されている前記個別の法律関係に適用し、よって旧所有者の財産的利益を害することとは、本来、その性質を異にする……」。

高辻裁判官によれば、「旧所有者が〔農地法 80〕条の規定に基づき国に対して右の売払いを求める権利を取得し、これを既得の権利として保有するにとどまっているのではなく国に対して行使し、その権利の内容である売払いを求める旨の意思表示をしたときは、その

ことによって直ちに、国において当該旧所有者に対し右の売払いをなすべき義務を履行しその売払いを応諾する意思表示をなすべき拘束を受けるという法律関係が、国との間に設定され」る。「前記個別の法律関係」とは、このことを指している。そして、旧地主が買収対価相当額による売払いによって得られるはずの経済上の利益は、「売払いを求める意思表示を現にした当該旧所有者にとっては、もはや、その財産的利益に属するものと目されるにふさわしい」。したがって、売払価格を引き上げるためには、「財産権の不可侵をいう憲法 29 条 1 項に抵触しないゆえんの理由を明らかにしなければならない」。つまり、高辻裁判官は、財産権の制限につき憲法 29 条 2 項が求める公共の福祉が論証されるとしても、個別の法律関係の内容変更を正当化することにはならない、と説いたのである。ここには、もし多数意見のように解するならば、例えば給付請求権を国に対して行使することで国には給付すべき義務が生じるにもかかわらず、これをも新法によって容易に剥奪できることになってしまうとの危惧があった<sup>(56)</sup>。

最高裁判決が下される以前、山内一夫は、前記の座談会において、「いまの農地局なり法制局なりは、やはり既得の権利はあるのだという考え方でしょう」と述べていた。高辻裁判官の意見は、まさに、そうした考え方を表していると言えるであろう。

これに対して、岸上康夫裁判官が、多数意見の論理を補強する補足意見<sup>(57)</sup>を述べている。そこでは、売払申込みの前後で法律関係の性質が変わることではないと考えるべきであるとして、高辻裁判官の指摘した「個別の法律関係」の存在が否定された。多数意見も、旧地主が売払請求権を実現するには国の認定を受けなければならないと指摘していたことから、同じ理解であったと推察される。

しかし、高辻意見は一定の影響を及ぼした。同じく特措法の財産権侵害が争われ合憲であると判断した昭和 54 年の最高裁判決<sup>(58)</sup>では、中村治朗裁判官が、その補足意見において、問題の本質は価格の変更それ自体ではなく、「既得の権利の内容を権利者の不利益に変

<sup>56</sup> 「もしも、両者の性質上の区別を識別せず、後者の財産的利益を害することも、旧所有者の権利の内容をその不利益に変更するにとどまるものであるとし、その変更が右の公共の福祉に適合するとされる理由をもつて旧所有者の財産的利益の侵害を相当とする理由を明らかとするに足りるというのであれば、それは、ひろく、個人がその財産的利益にかかる一定の給付を国に対して請求する権利を有し、国が請求に応じてその給付をなすべき義務を負う場合において、当該個人がその権利を行使し、その内容である給付の請求を国に対して行い、国がその請求に応じその給付をなすべき拘束を受け、当該個人が法の規律するところによっておのずからに収受する財産的利益は、憲法 29 条 1 項の定める財産権の不可侵にもかかわらず、それが私有財産として正当な補償の下に公共のために用いられる場合ないし、おそらくは代償を伴うべきものとして多数意見がいう『権利自体が剥奪されるような』場合のほかは、すべて、これを害することが、権利の内容を変更するにとどまるものであるとして、同条 2 項の社会政策上の一般的見地を主眼とした公共の福祉に適合するのである限り、常に是認される旨をいうにほかならないことになりかねない。」

<sup>57</sup> 「買収農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、その買収農地の旧所有者は国に対し当該農地の売払いを求める権利を取得し、その反面、国は旧所有者の求めに応じて当該農地の売払いを承諾すべき義務を負う、という私法上の権利義務の法律関係……は旧所有者が売払いの申込みをした後においても基本的には変わることはなく、依然旧所有者は右の権利を有し国は右の義務を負担するという法律関係が存在するにとどまり、この関係は高辻意見がいわれるような『権利の内容を超えて現存する個別の法律関係』とみることができるようなものではない。」

<sup>58</sup> 最判昭和 54 年 2 月 22 日・民集 33 卷 1 号 97 頁（判時 921 号 73 頁）。

更する結果を生ぜしめていること」であると指摘したのである<sup>(59)</sup>。また、学説においても、一定事実によって生じた売払請求権に基づき旧地主が売払いの申込みをしていたことの法的性質づけに関して、申込みによって売払いを受ける権利が「確定的に成立している」との見解<sup>(60)</sup>がある一方で、「客観的事実の発生により確定している権利ではな〔い〕」との見解<sup>(61)</sup>もあった。

こうした見解の対立については、農地法の仕組みを前提としたものであることは確かだが、その背後には、売払請求権の性質について見解の対立があった。特に、権利の既得性あるいは確定性の理解に相違があった。つまり、いわゆる既得権をめぐる見解に対立があったと見ることができるように思われる。しかしながら、最高裁が、売払いのための国の認定を受けていないという形式的な理由によって既存の売払請求権の存在を軽視したことには、なお議論の余地があるであろう。

そこで、本研究では、新法との関係において権利の性質をどのように理解することが可能なのかについて分析することが課題となる。

### 3. 法律の時間的効力と既得権

最高裁判決の問題点は、時間的効力の観点からすると、同じ問題にも二つの側面があったことを意識的に区別しなかったためであると言えるかもしれない。売払請求権の性質（既得性あるいは確定性の有無・程度）は、法律が財産権を制約する程度の判断と関係するだけでなく、その前提としての法律による制約の有無・対象とも関係するのではないだろうか。制約があって初めて合憲性が問われることとなるのであるから、後者は憲法論以前の問題である。

だが、最高裁判決では財産権制約の合憲性の判断に両者が吸収されてしまっている。その中で、最高裁は、一定事実の発生によって旧地主は売払請求権を取得することを認めつつも、国の認定を受けていない以上、「既に成立した売買契約に基づく権利」ではなく、また、特措法によって影響を受けるのが「売払いを求める権利自体」ではなく「権利の内容である売払いの対価」に過ぎないと解した。では、権利内容の不利益変更によって何が法的には制約され、又はされていないと評価すべきなのか。

この点について、原審の名古屋高裁は、旧地主による「特別措置法は遡及して既存の権利を侵害する不公平なもので無効である」との主張に対して、「特別措置法は既に法律効果の生じた状態を不利益に変更したものでない」と判断していた<sup>(62)</sup>。だが、最高裁は売払請

<sup>59</sup> もっとも、中村裁判官は、合憲性の判断となると、「既得の権利に対して権利者に不利益な制約を課するものであっても、公共の福祉のために必要かつ合理的と認められる限り、なんら憲法に違反するものではないことは、すでに判例によって確立された法理ということが出来る」と解した上で、必要性・合理性の評価については昭和 53 年最判が示した比較衡量の定式を用いるべきであるとし、結局、特措法の合憲性を認めたのであった。

<sup>60</sup> 戸波江二・昭和 53 年度重判解（1979 年）26 頁。

<sup>61</sup> 福井秀夫・行政判例百選Ⅱ〔第 4 版〕（1999 年）359 頁。

<sup>62</sup> 名古屋高判昭和 47 年 11 月 30 日・高裁民集 25 巻 4 号 414 頁。

求権の存在は認めたにもかかわらず、特措法によるその内容の変更の法的評価となると、曖昧さが残る。このことは、特措法の附則 2 項（「この法律は、この法律の施行の日以後に農地法第 80 条第 2 項の規定により売払いを受けた土地等について適用する。」）の解釈とも関係がある。もし、この附則規定がなかったら、特措法の適用範囲はどうであったのだろうか。附則は何を認めたのであろうか。

最高裁も指摘していたが、売払いには、国の認定という手続が組み込まれており、かつ、昭和 53 年最判の事案では申込みはしていたが認定には至っていなかった。その間に、特措法が制定されたのである。ここでは、行政による法的決定の基準時<sup>(63)</sup>の問題も関係してくるであろう。この点、本判決より以前の昭和 50 年の最高裁判決<sup>(64)</sup>によると、「行政処分は原則として処分時の法令に準拠してされるべきものであり、……法令に特段の定めのないかぎり、許可申請時の法令によって許可を決定すべきのではなく、許可申請者は、申請によって申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得するものではないから、右のように解したからといって法律不遡及の原則に反することとなるものではない」。もっとも、複数の許可申請がなされ競願関係が生じた事例での判断ではあるが、昭和 47 年の最高裁判決<sup>(65)</sup>によると、「許可の要件を具備した許可申請が適法になされたときは、その時点において、申請者と行政庁との間に許可をなすべき法律関係が成立したものというべく、この法律関係は、許可が法律上の羈束処分であるかぎり、その後になされた第三者の許可申請によつて格別の影響を受けるべきいわれはな〔い〕」。

こうした基準時の観点からすれば、なおさら、認定以前、少なくとも申込み以前においては新法が適用されるべきことになる。そうであるとすると、高辻裁判官も指摘していたように、最高裁は売払価格を引き上げた新法に対して財産権の事後的な変更という効果を認めていないに等しい。新法は抽象的な意味で財産権の内容を変更しただけで、それが事後的であることは特別に考慮されてはいないからである。実際、判決では「法律でいったん定められた財産権の内容を事後の法律で変更」したことの合憲性が争点であると明言されていたが、判断基準においてもその適用においても、財産権一般に関する合憲性の判断と相違はみられない<sup>(66)</sup>。こうして、最高裁においては、既存の権利に対して何らかの影響を及ぼしていることの意味が十分に意識されてはいなかったのである。

<sup>63</sup> この問題を法律の時間的効力との関連において取り上げているものとして、参照、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983 年）103 頁。基準時論それ自体については、参照、小早川光郎「判決時説か処分時説か」法学教室 160 号（1994 年）120-123 頁。

<sup>64</sup> 薬事法距離制限事件における最大判昭和 50 年 4 月 30 日・民集 29 卷 4 号 572 頁。

<sup>65</sup> 公衆浴場の営業許可の不許可処分が争われた事件における最判昭和 47 年 5 月 19 日・民集 26 卷 4 号 698 頁。これを参照しつつ、阿部泰隆『行政法解釈学 I』（有斐閣、2008 年）331 頁は、「許可申請時に基準を満たせば申請した以上は許可を受ける具体的な権利を取得したと言うべきであろう」と述べている。

<sup>66</sup> 参照、小泉良幸・憲法判例百選 I [第 6 版]（2013 年）221 頁。そもそも、財産権の侵害とその事後的侵害とを違憲審査において区別することは容易ではないのかもしれない。小泉が指摘するように、「29 条 2 項に基づく財産権の新たな内容形成は、『現状』を基準線とする限り、その事後の変更（侵害）という側面をもつので、財産権規制一般の場合と区別して、〔事後の変更について厳格な合理性を審査する〕可能性を読み込むには、やや無理がある」。

そこで、既存の権利に対する新法の影響は時間的効力の観点からするとどのように評価することが可能なのか、その法的な議論枠組みや、その前提としての認識枠組みを理論的に探求する必要があると思われる。これが、本研究の中心的課題である。先に、新法との関係における権利の性質理解が本研究の課題であると述べたが、ここで示した課題と先述の課題とは密接な関連がある。

#### 4. 遡及立法のリーディング・ケース？

ところで、昭和 53 年最判については、例えば阿部泰隆が「遡及立法の合憲性の判断基準として、この判決の述べるところはもとより正当であって、今後それぞれの個別のケースに応用されるべきである」と述べているように、遡及立法の合憲性に関するリーディング・ケースであると位置づけられるのが一般的である<sup>(67)</sup>。この事件の調査官解説においては、最高裁が示した判断基準について、「この判示は、憲法 29 条に関する従来の最高裁判例と同じ基盤に立ち、民事遡及法に関する英米法の理論及び収用と財産権の内容の規制の区別に関するドイツ法の理論等を参考にしながら、従来の判例理論を若干敷衍したものということができるように思われる」<sup>(68)</sup>、と述べられている。「民事遡及法に関する英米法の理論」が、伊藤正巳の研究成果に拠っていることは明らかである<sup>(69)</sup>。

<sup>67</sup> 阿部・前掲『行政法解釈学 I』176 頁。同じ位置づけとしては、宇賀・前掲『行政法概説 I [第 5 版]』16 頁。もっとも、この判決をリーディング・ケースと位置づけるかについて、学説は必ずしも一致しているわけではない。塩野宏『行政法 I [第 5 版補訂版]』（有斐閣、2013 年）63 頁は、行政法の効力の時間的限界について、昭和 24 年の最判を参照するのみである。

<sup>68</sup> 穴戸達徳「判解」最高裁判例解説民事篇昭和 53 年度 343 頁。

<sup>69</sup> 参照、伊藤正巳「民事遡及法について——イギリス法の示唆するもの」法学協会雑誌 87 巻 2 号（1970 年）149-194 頁。ここでは、「遡及法についても、その可否を具体的状況のうちで評定しなければならず、そこでは当然に利益衡量が行われることになる」こと、そして、アメリカ法の学説（アメリカ連邦最高裁判所の判例研究）を参照しつつ、合憲性の判断基準として、「第一に、法律によって保護をうける公益の性質およびその強度、第二に、既存の権利と主張されるものの変更ないし廃止の程度、第三に、立法によって変更をうける権利の性質」が考慮されるべきであると説かれた（182 頁、184 頁）。これらは最高裁の判断基準と同じであることが、注目されるであろう。

第二の考慮要素に関して、伊藤は次のように述べている。「アメリカにおいてしばしば用いられる両断的思考として、権利そのものを剥奪するような効果をもつ立法は違憲であるが、これに反して権利を主張したり実行したりするための手段を変更することは許されるという理論がある。これによれば、遡及の効果をもつ法律も、後者である限り許されるということになる」（185 頁）。ここには註釈が付されており、「この考え方は、わが国の憲法第 29 条において、第 2 項で財産権の内容について、法律で公共の福祉に合致するように定められることとしており、広く立法権の裁量を認めていることと相応するものといえる」（193 頁注 16）、とのことである。

もっとも、伊藤はこうした思考に一定の示唆を求めたに過ぎず、批判もしている。すなわち、「遡及法の問題として考えるとき、それは単純にすぎるであろう。それは他の要因を無視しているのみならず、手段の変更であっても、実質上権利のすべての救済手段を剥奪するならば、権利の否定にひとしいからである。ただその理論のなかには、遡及法によってどの程度に既存の権利が影響をうけるかが、その合理性の判断のための要因として考えられることを示唆しているものがあるといえてよいであろう」

（185-186 頁）。また、「この要因はさらに広く考え、法的保護に値いする生活事実の変更の程度をも含めてよいと思われる。すなわち遡及法に先立って存在していたものが法的な権利でなく、法的前提となる生活事実であっても、それをどの程度に変更するかを考慮にいれてよい」とも述べている（186 頁）。

第三の考慮要素に関しては、「つまり変更をうける権利や生活事実がどの程度に法的保護をうけるものであるかということである。権利としての価値や成熟度が低い場合には、憲法的保障の度合いが低下す

しかし、果たして、昭和 53 年最判は遡及立法の限界に関する判例として位置づけられるのであろうか。というのも、最高裁は、既存の権利に対する影響について明確にはしなかっただけでなく、財産権の制約として許容されるか否かという観点からの総合考慮によって結論を導いたのである。そこでは、特措法にどのような時間的効力があつたのか（当該事案での特措法の適用は遡及していると性質づけられ得たのか）が何ら解析されていないと言わざるを得ない。本件事案において特措法の時間的効力を明らかにするためには、一定事実の発生の法的意味（最高裁は、これによって売払請求権が取得されると認めた）、申込みおよび国の認定といった行政手続、それらとの関係における権利の性質、そして、この権利に対して権利内容を変更する新法を適用することは権利者にどのような法的制約を及ぼすのか、を考慮しなければならなかったはずである<sup>(70)</sup>。

確かに、法の時間的効力の一つには、遡及効がある。では、本研究の対象である既得権は、遡及効との関係ではどのような位置づけが与えられるのであろうか。そこで次に、以

---

るから、これを害する遡及法の不当性は弱くなることは当然である」と述べている。その上で、最高裁がそのまま参考にしたであろう指摘がなされている。すなわち、「財産的権利であっても、たとえば最高裁判所の確定判決によって確立した権利となお係争中の権利との間には差があり、後者の権利に介入する場合には、前者の権利を遡及的に否定することに比して、不当性の烙印をおされることが少ないといつてよい。さらに、権利そのものが実質的正義からみて法的保護の程度が薄いと考えられるとき、あるいは生活事実についてその一般への定着度が十分でないときには、その法的保護のための成熟性が希薄であることになろう。また法によって保護されていても、それがむしろ恩恵的なものであるときには、法によっていつでも奪われる可能性をもっており、遡及法の前に弱い地位しかもちえないことになるであろう」（186-187 頁）。

<sup>70</sup> 遡及立法に関する諸事例での争点を踏まえると、なおさら、本文のように指摘できる。権利の性質が問題となったものに限ると、租税法と公務員法の事例がある。

すなわち、租税法では、期間税につき年度内の法改正を年度当初から適用することについて遡及課税であるとして争われることが多いが、判例は、納税義務が成立する日（課税要件事実の発生日）あるいは賦課期日を基準として適用法令を決定しており、それ以前の事実の法的評価が後の法改正によって変わるとしても不遡及原則には反しない（遡及効はない）と解している。参照、東京地判昭和 36 年 4 月 26 日・行集 12 巻 4 号 839 頁（事業税）、神戸地判昭和 52 年 2 月 24 日・訴月 23 巻 3 号 572 頁および大阪高判昭和 52 年 8 月 30 日・判時 878 号 57 頁（土地保有税）、東京地判昭和 54 年 3 月 8 日・訟月 25 巻 7 号 1958 頁および東京高判昭和 55 年 6 月 16 日・税資 113 号 645 頁（法人税）。土地譲渡所得の損益通算を廃止したことが争われた事例も、ここに位置づけられる。

これと同じ論理に依拠して判断がなされたものとして、公務員の給与のマイナス改定を年度当初に遡及させて過去の減額分をその後の期末手当において調整するという特例措置が争われた事例がある。判例では、期末手当の請求権が発生していない時点での措置であることを理由に遡及効が否定されており、やはり、給与請求権の性質が分岐点となった。参照、神戸地判平成 17 年 4 月 22 日・労判 910 号 25 頁および大阪高判平成 18 年 2 月 10 日・労判 910 号 12 頁（ただし、高裁は、「実質的には、……既に発生した賃金請求権を事後に不利益に変更したものと評価することができる」と解した）、東京地判平成 16 年 10 月 21 日・判時 1880 号 120 頁および東京高判平成 17 年 9 月 29 日・判時 1920 号 146 頁。

昨今では、長期譲渡所得の損益通算の廃止が争われた事例において、遡及効はないが租税制度の変更は最終的には財産権の制約になり得るとして、最高裁は、昭和 53 年最判の判断基準を明示的に参照して、総合考慮によって判断をしている。参照、最判平成 23 年 9 月 22 日・民集 65 巻 6 号 2756 頁（判時 2132 号 34 頁）、最判平成 23 年 9 月 30 日・判時 2132 号 39 頁。「暦年途中で施行された改正法による本件損益通算廃止に係る改正後措置法の規定の暦年当初からの適用を定めた本件改正附則が憲法 84 条の趣旨に反するか否かについては、上記の諸事情を総合的に勘案した上で、このような暦年途中の租税法規の変更及びその暦年当初からの適用による課税関係における法的安定への影響が納税者の租税法規上の地位に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかという観点から判断するのが相当と解すべきである」と判示されている。

下では、この点につき概観することとしよう。

### 第三項 既得権の尊重と法律の不遡及原則

#### 1. 法律の不遡及原則

法律の時間的効力の中で、将来に向かって効力を有することについては近代法制度においては自明であり、というよりも、近代法制度の確立のためには、国家の立法が「良き古き法」を破り得ることが前提であったとも言える。法律の時間的効力をめぐって議論となり得るのは過去や現在との関係であることが殆どであり、とりわけ、最も問題性を孕んでいるのが、法律が過去に対して影響しようとする遡及効である。

そして、西欧諸国においても日本においても、原則として法律に遡及効はないと解されている。法律の効力の時間的限界として法律の不遡及原則があることに異論は見られない。実際、最高裁判例では、戦後早くに、実体法と手続法とを区別した上で、実体的規定については原則として遡及効を認めるべきではないと解された<sup>(71)</sup>。

もっとも、不遡及原則が機能するのは、法律に経過規定がない等によってその時間的適用範囲に疑義が生じた場合に限られる。遡及立法を制定すること自体は可能なのである。例えば、日本では、国家体制の変更にもかかわらず既存の法秩序が維持された場合もあるが、民法の家族法改正に原則として遡及効が認められるなど、戦後改革においては既存制度の抜本的解体が断行されることもあった<sup>(72)</sup>。また、特に行政法令において遡及立法の間

<sup>71</sup> 最判昭和 26 年 4 月 28 日・民集 5 巻 5 号 336 頁。ここで最高裁は、「〔地方議会での懲罰に関する事項を定めた〕会議規則が如何なる行為ありたる場合に如何なる懲罰を科するかを規定したのは実体的規定であって、その遡及効を認むべきでないことは原審のいうとおりである」と判示した。なお同旨、最判昭和 28 年 11 月 20 日・民集 7 巻 11 号 1246 頁。また、最大判昭和 34 年 7 月 20 日・民集 13 巻 8 号 1103 頁も、住民訴訟の提起をなし得ることは「手続法上の権利ではなく実体法上の権利」であることを確認した後に、「右の権利の認められる以前の事実に関して右の権利を行使することは、法律の経過規定に特別の規定がない以上ゆるぎされないものと解するのが相当である」と判示した。

手続法に遡及効があることは立法の立場でもあり、例えば行政事件特例法は、「この法律は、この法律施行前に生じた事項についても、これを適用する……」（附則 2 項）と規定していた。

<sup>72</sup> 家族法改正については、民法改正法（昭和 22 年 12 月 22 日法律第 222 号、昭和 23 年 1 月 1 日施行）4 条により、「新法は、別段の規定のある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。但し、旧法及び応急措置法によって生じた効力を妨げない。」とされた。この規定に関しては、参照、我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法』法律学体系コンメンタール篇 4（日本評論新社、1952 年）660-661 頁。4 条に関する裁判事例としては最判昭和 27 年 5 月 27 日・民集 6 巻 5 号 585 頁があり、その評釈として我妻栄・川井健「判批」法学協会雑誌 73 巻 2 号（1956 年）189-196 頁がある。

これに対して、戦前の行政裁判法 16 条では「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」とされ、公権力行使について国家無答責の法理が妥当していたのとは異なり、戦後には日本国憲法 17 条が制定されたが、それにもかかわらず、国家賠償法は、「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」（附則 6 項）とした。このように附則 6 項が国賠法を不遡及としたことをめぐっては、戦後補償裁判において切実な争点となった。この点については、参照、奥田安弘「国家賠償責任と法律不遡及の原則」北大法学論集 52 巻 1 号（2001 年）1-70 頁、同「戦後補償裁判とサヴィニーの国際私法理論（二・完）」北大法学論集 51 巻 4 号（2000 年）335-367 頁（特に 361 頁以下）。

なお、憲法改正それ自体についても、日本国憲法 98 条 1 項は「明治憲法 76 条 1 項と同じ経過規定の意味を有する」（芦部信喜『憲法学 I』（有斐閣、1992 年）100 頁）と解されることもあり、国家体制の変更における旧体制下の法秩序の効力という問題は非常に興味深い。この点については、参照、山崎友

題が現実には生じ続けてきたことは、阿部泰隆の一連の論稿<sup>(73)</sup>から確認することができる。

行政上の遡及立法の限界について、学説では、遡及処罰の禁止を定める憲法 39 条を、行政法令が個人の権利・自由を侵害する場合についても類推適用すべきであると解されてきたが<sup>(74)</sup>、この見解は最高裁によって斥けられた。最高裁は、1949 年（昭和 24 年）の時点で既に、「刑罰法規については憲法第 39 条によって事後法の制定は禁止されているけれども、民事法規については憲法は法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいないのである」と判示したのである<sup>(75)</sup>。

このように、憲法上、遡及処罰でない限り、遡及立法に対して一般的な限界はない。しかも、日本の立法では経過規定によって時間的適用範囲を整理するのが通例であることから、そこに遡及適用を認める規定があったとしても、法適用の場面において実務的な疑義が生じることは希であった。争いが生じるとしても、前記の昭和 53 年最判のように、憲法違反の主張がなされてきたのである。その結果、法律の時間的効力を明確にしようとする議論は、実践的意義が感じられなかったためなのか、殆ど見られなかったように思われる。

---

也「革命と国家の継続性」岩波講座・憲法 6『憲法と時間』（岩波書店、2007 年）3-25 頁。ただ、いわゆる「八月革命説」にもかかわらず、日本でこの問題が切実に論じられることはなかったように思われる。

というのも、例えば、1938 年にドイツに併合されたオーストリアでは、1945 年に分離独立した後に併合以前の憲法の効力が復活したが、議会においては憲法の継続性と断絶をめぐって議論となり、特にドイツによって「併合（Annexion）」されたのか「占領（Okkupation）」されたのかにつき見解が分かれた。この議論は、現実問題として、併合ないしは占領下でのドイツの法行為・国家行為の責任を独立後のオーストリアが負うか否かと関係していた（この間の様子については、参照、Günther WINKLER, *Zeit und Recht*, op. cit., pp. 261-265）。また、フランスでも、ヴィシー政権と解放後の共和国との断絶と連続が問題となり、例えば、1944 年 8 月 9 日のオルドナンスによって、ヴィシー政権での憲法や法令・その適用行為は一切無効とされた（フランスが共和国の法秩序を再建するに際して生じた問題を主題とするテーゼとして、参照、Emmanuel CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, LGDJ, 2005）。これらに対して、日本では、山崎が指摘するように、「旧憲法の『根本建前』の変更という意味で『革命』が起こった。しかし、少なくとも『八月革命説』の主唱者の考える『革命』の効果は、旧憲法の効力の否定を意味するものではない。旧憲法を『変質』させる効果を有していたとしても、その効力を否定しない『革命』が憲法以外の実定法に及ぼす効果は自ずと限定されたものといわざるをえない。」（山崎・前掲 13-14 頁）。

何れにしても、憲法の時間的効力については、それ自体一つの独立した研究を要するため、本研究の対象とはしない。ただ、日本においても、占領法規の効力をめぐっては裁判でも争われたが、憲法の時間的効力という観点からは、ここに興味深い問題が残されているように思われる。この点については、参照、長谷川正安『憲法判例の体系』（勁草書房、1966 年）95 頁以下の「占領と憲法」、同『憲法現代史上』（日本評論社、1981 年）。

<sup>73</sup> 阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策（一）（二・完）」自治研究 68 巻 7 号（1992 年）3-13 頁、同 8 号 16-26 頁、同「行為時に施行されていなかった法律が適用される !!——法律の遡及適用」ビジネス法務 5 巻 11 号（2005 年）101-105 頁、同「市町村合併に伴う下水道受益者負担金の遡及返還」判例地方自治 293 号（2007 年）121-123 頁。

<sup>74</sup> 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957 年）168 頁注 5、杉村（敏）・前掲書 33 頁、成田・前掲書 74 頁。憲法 39 条の類推適用を認める判例としては、東京高判昭和 24 年 2 月 19 日・行政裁判月報 13 号 96 頁、千葉地判昭和 28 年 7 月 7 日・判時 7 号 7 頁（控訴審の東京高判昭和 30 年 7 月 18 日・判タ 55 号 37 頁は原判決を取消しており、最判昭和 32 年 6 月 20 日・民集 11 巻 6 号 1105 頁も上告を棄却したが、何れも、憲法違反の点については判断していない）。

<sup>75</sup> 最大判昭和 24 年 5 月 18 日・民集 3 巻 6 号 199 頁（出訴期間の短縮が争われた事例）。同旨として、最判昭和 33 年 4 月 25 日・民集 12 巻 6 号 912 頁（農地の遡及買収が争われた事例）。



## 2. 田中二郎の時間的効力論

もちろん、不遡及原則それ自体は古くから論じられてきた。遡及効についても、明確に定義されてきたことは確かである。

例えば、戦後の行政法学を代表する田中二郎は、主にフォルストホフを参照しつつ、「行政法規の効力発生前に終結した事実に対しては、その行政法規の適用のないこと」が原則であると説明していた。ここには、遡及（効）についての一つの定義を見出すことができる。法律が「効力発生前に終結した事実」に対して作用するとすれば、そこには遡及効があることになる。そして、こうした結果を生じさせる法適用が原則として禁止される。したがって、不遡及原則は、「行政手続法規については適用がないと解すべきで」とあるとともに、「継続した事実（Dauertatbestände）に、新たな法規の適用を妨げるものではない」と解されたのである<sup>(76)</sup>。

法律の不遡及原則は、田中二郎を含めて伝統的に、「既得権を尊重し法律生活の安定に資せんがため」、「既得権その他既成の法律関係を維持尊重し、法律生活の安定に資するため」に、要請されると説かれてきた<sup>(77)</sup>。そうであるからこそ、例外的に遡及立法を制定する場合、「遡及適用も、そのことについて予測可能性が存在したことを当然の前提とし、既得権との調整（何らかの代償等）をなすことを条件として許されると解すべきであろう」<sup>(78)</sup>、ということになる。こうした理解では、既得権の尊重と不遡及原則とが密接に関連づけられている。

ただ、議論はこれでは終わらない。「継続した事実」に対する新法の適用にも限界があるとされるのである。すなわち、田中二郎は、「原則として、人民の既得権（die wohlerworbenen Rechte）を侵してはならないという制限を受けるものと解すべきであろう」と解した。ここでは、遡及効と既得権は概念上異なる位置づけであることが分かる。そして、「厳密な意味での既得権（鉱業権、公企業経営権、公物使用权、恩給権等々）に限らず、広く法律上の地位（例えば、営業免許、建築許可、医師免許等を受けた者の地位）であっても」、既得権に含めるべきとされる。

しかし、こうした既得権といえども常に尊重すべきというわけでもない。「新しい法規の適用が、いささか個人の既得権又は既得の地位に不利益を及ぼす場合であっても、そうしたことが当初から合理的に予測され得た場合であって（予測可能性の問題）、しかも、それが公益上避くべからざる必要な場合であれば、継続した事実に対しても、一律に新しい法規を適用するのが原則でなければならぬと思う」<sup>(79)</sup>とも述べていたのである。そうする

<sup>76</sup> 田中・前掲『行政法総論』164-165頁。

<sup>77</sup> 田中二郎『行政法Ⅰ』（昭和12年、帝大プリント連盟）58頁、同『新版行政法上巻[全訂第二版]』（弘文堂、昭和49年）66頁。田中二郎の教科書における説示は一貫している。参照、田中二郎『行政法講義案（一・二）』（昭和14年）23頁、同『行政法講義案上巻』（有斐閣、昭和24年）70頁、『新版行政法上[全訂第一版]』（弘文堂、昭和39年）55頁。なお、杉村章三郎『行政法要義上巻[新版]』（有斐閣、1970年）21頁も、「〔新法不遡及〕の原則は既得権不可侵の理論を背景とするものである」と述べる。

<sup>78</sup> 田中・前掲『行政法総論』168-169頁注5。

<sup>79</sup> 田中・前掲『行政法総論』167頁注3。

と、既得権は、外延についても要保護性（侵害による不利益の程度の判断）についても柔軟な概念であったことが分かる。

このように、戦後の行政法学を代表する田中二郎の所説においては、法律の不遡及原則と既得権の尊重とが密接に関連しつつも、別々の原則として提示されていた。同旨のことは戦前から説かれており、しかも、その説示は大戦をまたいでも変わっていない<sup>(80)</sup>。このことから、法律の不遡及原則は戦後に現れたのではなく、それ以前から日本法に定着していたのだと推察される。

なお、田中二郎の所説あるいは田中も参照したドイツ法学説（特にフォルストホフ）は、その後の学説に対して影響を及ぼしたと思われる<sup>(81)</sup>。また、遡及立法の問題が頻繁に争われた租税法において、予測可能性や不利益の重大性を考慮するという点は、租税法規の不遡及原則に関する判例・学説に浸透していった<sup>(82)</sup>。ただ、現在では、例えば塩野宏が、「法治国原理の内容の一つとなっている、法的安定性、信頼保護の原則から、不利益効果をもつ法律の遡及適用は許されないものと考えらるべきと思われる」<sup>(83)</sup>と述べているように、学説上、既得権の尊重という説明は見られなくなっている。その一方で、本章第一項で述べたように、立法実務においては現在でも既得権の尊重が語られている。

そうすると、既得権の尊重と不遡及原則との関係について掘り下げるには、戦前にまで遡り、その淵源を訪ねなければならないであろう。これも、本研究の課題となる。

### 3. 既得権と遡及効の区別？

ところで、現行の実定法の仕組みを踏まえた場合、既得権の尊重といわれて直ちに思い浮かぶのは既存不適格であろう。これは、新法（主に法改正）により新たな規制が設けられたり従来よりも規制基準が強化された場合において、旧法下での規制基準（規制の不存在を含む）には適合していたが新法による規制基準には適合しなくなる建築物や事業者について、

<sup>80</sup> 前注 77 の教科書を参照。ただし、昭和 12 年に初めて講義案を公表した際には「既得権」が語られていたが、昭和 14 年以降は言及がなくなり、昭和 32 年の前掲『行政法総論』や昭和 39 年の『新版行政法上』になると、再び不遡及原則との関連において既得権に言及されるようになった。この変化は、昭和初期に学説上で既得権批判がなされていた（第二章第二節を参照）ことと関係があるのかもしれない。

<sup>81</sup> 参照、杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、1969 年）32-33 頁、成田頼明『行政法序説』（有斐閣、1984 年）74-75 頁、室井力「行政法令不遡及の原則——公害防止事業費事業者負担法 3 条に則して」『行政の民主的統制と行政法』（日本評論社、1989 年）39-47 頁。

<sup>82</sup> 東京地判昭和 36 年 4 月 26 日・行集 12 巻 4 号 839 頁（「この程度の遡及も違法とするには足らず又納税者の既得権（非課税権）を侵害するものともいえない」）、福岡高裁那覇支判昭和 48 年 10 月 31 日・訟月 19 巻 13 号 220 頁（遡及課税は、「法律の改正がすでに予定されていて、納税者側にもそのことが予測され、法的安定性を著しく害しないような場合にかぎって許されるものと解すべき」）、津地判昭和 54 年 2 月 22 日・行集 31 巻 9 号 1829 頁（「右租税法規不遡及の原則はいかなる場合においても遡及的適用を許容しない絶対的なものでなく、租税の性質及びそれが課される状況を考慮し、予測可能性が存在し、法的安定性に対する信頼を著しく害することがないとか、軽微な事項で納税義務者に著しい不利益を与えないといった範囲内においては遡及して適用することも許されると解するのを相当とする」）。

学説としては、金子宏「租税法の基本原理解」『租税法理論の形成と解明上巻』（有斐閣、2010 年）60-61 頁（初出 1974 年）。ただし、ここでは直接にはドイツ法やアメリカ法が参照されている。

<sup>83</sup> 塩野・前掲『行政法 I 〔第 5 版補訂版〕』63 頁。

例外的に新法を適用せずに旧法を適用し続けるという仕組みである（例えば、建築基準法 3 条 2 項、風営法 28 条 3 項、消防法 17 条の 2 の 5 第 1 項）。そして、一般に、既存不適格は、既存建築物の所有者や既存の事業者の既得権を尊重するためのものと理解されている<sup>(84)</sup>。

このように新法の適用除外を認めるものであることから、おそらく比較的最近まで、既存不適格は法律の不遡及原則の一内容であると位置づけられてきた<sup>(85)</sup>。逆にいえば、既存の建築物や事業者に対して新法を適用するとすれば、それは「遡及適用」であると理解されてきた<sup>(86)</sup>。確かに、既得権の尊重を、旧法下で生じた既存の権利に対する新法の適用の限界として仮に理解するとすれば、それは即ち、新法以前の事実に対する新法の効力すなわち遡及効の限界が問題となっていると捉えることができるかもしれない。こうした見方が正しいとすれば、旧法上で生じた既得権はまさに法律の不遡及原則の核心概念であり、その有無が遡及効の基準となり、既得権の侵害こそが遡及効であると定義されることになる。その結果、既得権の尊重それ自体が不遡及原則の一つの内容ということになる。

しかしながら、こうした理解に対しては既に有力な疑問が提起されている。それは、主に建築物に対する規制立法を念頭に置きつつ、「既得の利益を考慮する必要があるが法律の遡及適用と概念上区別されるものとして、既存不適格の問題がある」<sup>(87)</sup> というように理解する見解である。

すなわち、「確かに建築行為自体は一時的である。その建築行為がある時点では承認され、投資にみあう受益が保障されたことを重視すると、遡及適用の排除になる。しかし、その行為の結果たる建築物は存続している。その建築物の継続的利用により危険状態が継続していることが問題なのである。このような危険状態を将来に向かって解消させることは現

<sup>84</sup> 例えば、風営法 28 条について、これは「既得権保護の見地から、営業を継続して営むこと」を保障する規定であると述べられることがある（風俗問題研究会『最新風営適正化法ハンドブック [全訂第 2 版]』（立花書房、2008 年）119 頁）。同じく、裁判例の中にも、「風営法 28 条 3 項は既存の業者に対して場所的規制を適用しないとしているが、これは、店舗型性風俗特殊営業を規制する改正法施行の際許可を得て現実に同営業を営んでいたものに対し、その既得権を尊重し、特にその営業を引き続いて行うことを認めた趣旨のものであって、既存の業者に禁止区域における営業を独占させようとする趣旨のものではないから、同規定は憲法 14 条 1 項に違反するものではない」と判示するものがある（大阪高判平成 19 年 8 月 29 日・判例集未搭載）。なお、上告審の最決平成 21 年 9 月 25 日・集刑 297 号 291 頁では、「仮に〔既存不適格の結果として〕既存の業者を規制の対象としないことが不合理な差別に当たるとしても、そのために本来の規制の対象としている新規の業者に対する規制が許されないこととなるものではないから」との理由で、上告棄却が決定された。

<sup>85</sup> こうした理解の例示としては、しばしば、次の文献が参照される。荒秀編『建築基準法入門』（青林書院新社、1980 年）76 頁、荒秀・関哲夫・矢吹茂郎編著『改訂建築基準法』（第一法規出版、1990 年）65 頁〔荒秀〕、荒秀編『新建築基準法 50 講』（有斐閣、1994 年）32 頁〔金子正史〕（ただし、金子は後に改説した）。

<sup>86</sup> 例えば、参照、山口徹「消防法の設備設置規制に『遡及適用』という言葉は存在するのか」月刊消防 29 巻 2 号（2007 年）55-59 頁。

実際、消防庁関連の文書には、消防法令の改正を既存の防火対象物・消防用設備に対して適用することを「遡及適用」と表現するものがある。例えば、「消防法施行令の一部を改正する政令等の公布について」（平成 20 年 7 月 2 日・消防予第 168 号）〈<http://www.fdma.go.jp/html/data/tuchi2007/pdf/200702yo168.pdf>〉、予防行政のあり方に関する検討会の平成 22 年 12 月の報告書「今後の火災予防行政の基本的な方向について」〈<http://www.fdma.go.jp/neuter/topics/yobou-gyousei/pdf/221214/shiryous3-3.pdf>〉。

<sup>87</sup> 塩野・前掲『行政法 I [第 5 版補訂版]』64 頁注 2。

在の建築物所有者・管理者等の義務である、と基本的にはいえる（いわゆる状態責任）」<sup>(88)</sup>。

つまり、行為責任と状態責任とを区別して、後者の観点から新法が既存建築物に対して新たな規制を設けるとしても、そこに遡及効はないと解するのである。この点をより明確に、角松生史が次のように指摘している。

「新たな法規の施行・適用時点で当該行為がなお継続中であって公益に支障を及ぼす場合に当該行為を禁止することや、行為の結果作出された公益に反する状態を解消すべき責任を行為者に負わせることは、〔法律不遡及〕の原則によって直ちに禁止されるものではないだろう。既存不適格建築物に対する適用除外は、作出された『状態』に対して新法を適用しないというものであり、法律不遡及の原則が適用される典型的な行為責任的事例とは性質が異なるといえよう。」<sup>(89)</sup>

このように、昨今、例外的に新法の適用除外を認める既存不適格の仕組みは、不遡及原則とは異なるものとして位置づけられるに至っている。したがって、既存不適格は建物所有者の既得権を保護するためのものであるとしても、既得権と遡及効とは概念上区別されるのである。

この区別が正しいとすると、おそらく、公害防止事業費事業者負担法（昭和45年法律第133号）（以下では「負担法」とする）3条の適用が争われた事例<sup>(90)</sup>は、実は遡及効は問題でなかったということになる。負担法の附則1項は、「この法律は、公布の日から起算して6月をこえない範囲内において政令で定める日から施行し、この法律の施行後に実施する事業について適用する。」と規定していた。そこで、負担法の制定以前の昭和30年から昭和44年にカドミウムを使用した航空機用螺子の製造事業を行い、その工場廃水により土壌を汚染してしまった事業者に対して、同法を適用して公害防止事業の費用に当てるための負担金

<sup>88</sup> 安本典夫「防災まちづくりと既存不適格建築物の扱い」法律時報67巻9号（1995年）43頁。

<sup>89</sup> 角松生史「建築基準法3条2項の解釈をめぐる——国立市マンション建設差止仮処分事件（東京高決2000年12月22日）を素材にして」法政研究68巻1号（2001年）103-104頁（前注の安本論文が参照されている）。同旨、金子正史『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008年）142頁。

なお、角松によれば、「法律不遡及原則そのものは既存不適格問題には必ずしもあてはまらず、この問題の処理は基本的に立法裁量に服する。しかし、立法者の制度設計にあたり、同原則の実質的根拠とされる法的安定性や信頼保護は、やはり考慮されなければならない。第一に、建築物の現在の利用の保護が要請される。第二に、予測可能性の保障である。建築物完成後に新たな規制によって利用が不可能になることがありうるとすると、利用可能年数の見込みが立たず、建築行為やその前提としての土地投資・取引を妨げることになる。第三に、新たな規制に適合させるための建築物の改修・除却に要する社会的費用も考慮しなければならない。ここで、第二・第三の要素は、立法者による制度設計の合理性の問題であるのに対し、第一の要素は、立法政策にとどまらず、状況によっては憲法29条1項の現存保障の対象ともなりうる。特に『実際に生活が営まれている』建築物については、財産権の生存保障的機能も考え合わせれば、より強い保障が及ぶと考えられる」と述べている（104頁）。

<sup>90</sup> 名古屋地判昭和61年9月29日・判時1217号46頁。負担法3条は、「公害防止事業に要する費用を負担させることができる事業者は、当該公害防止事業に係る地域において当該公害防止事業に係る公害の原因となる事業活動を行ない、又は行なうことが確実と認められる事業者とする。」と規定している。なお、この規定については、法律制定前の事業者に対しても適用する意図であったのであれば、その旨が明記されるべきであったが、「行ない」との文言であったため、まずは文言の解釈が問題となった。この点、「国語上の用法としては、『行ない』は現在及び過去の両時制を含みうる」と判示された。

を請求できるかが争われた。

然るに、この事件では、室井力が不遡及原則の観点からの意見書を提出して、結論としては、法の趣旨・目的、負担金の性格、公害防止事業の内容・性格、廃止事業者の事業活動の具体的内容、事業の緊急性・必要性を総合考慮することによって、本件では遡及適用も許されると解していた<sup>91)</sup>。そして、名古屋地判は、憲法 29 条 2 項によれば、「たとえ既得の地位であっても、公共の福祉上の要請のある場合には、法律によって変更することができるというべきである」という理解を前提としつつ、前記の昭和 53 年最高裁判決の判断基準を参照して、次のように判断したのであった。

「〔1〕公害の原因となる事業活動を行った者に対し、その公害防止事業に要する費用の負担を求めることは、仮にその者に有害性に関する故意、過失がなかったとしても、右負担金の性質を刑事罰や不法行為に基づく損害賠償とは異なった公法上の負担としてとらえる限り、正義、公平の観念に沿うものであると考えられること、〔2〕負担法は、3 条において、費用を負担させることができる事業者の要件を規定してその範囲を絞り、かつ 4 条、7 条において負担額の減額措置を定めるなど、処分が過酷にわたらないように配慮していること、〔3〕負担法によって、当時、社会的要請となっていた公害防止事業の財政的基礎が強化され、右事業の早急かつ円滑な実施が可能となり、地域環境の汚染が防止され、また汚染された環境の回復が図られること、などの点から判断すると、負担法による遡及的適用は、合理的な理由があって公共の福祉に適合するというべく、従って、憲法 29 条、39 条などに違反するものではないと解するのが相当である。」

判決では、本件を「既得の地位」が新法によって変更された事案であるとされ、かつ、昭和 53 年最判が参照されたにもかかわらず、負担法以前に規制がなかった中で土壤汚染をした事業者の地位がどのように法的に評価されるのかについて、何ら述べられていない。

ここで詳論は避けるが、負担法が土地の状態に着目して負担金を課しているとすれば、当該状態が生じた時期が新法以前であっても、それが新法公布の時点まで継続していた場合には当然に負担法が適用され、そうしても遡及適用ではない、ということになるだろう。現

<sup>91)</sup> 室井力「行政法令不遡及の原則——公害防止事業費事業者負担法 3 条に則して」『行政の民主的統制と行政法』（日本評論社、1989 年）39-47 頁。室井は、総合考慮をする前提として、法律の不遡及原則には次の場合に例外が認められると解していた。すなわち、「まず、少なくとも、国民の既得権を侵害することのない場合や、当該法令が相手方に利益を与える場合などにおいては、行政法令の遡及適用も認められることについては、ほとんど異論を見ないところである。つぎにまた、国民の既得権を侵害したり、当該法令の相手方に不利益を課する場合であっても、そのような法令の制定・施行が以前から一般に予測され、またはそのような遡及的侵害が、社会通念上、客観的合理性をもつと認められる場合には、遡及適用も許される。なぜなら、このような場合においては、上述の原則ないし要請を侵すことがないと考えられるか、または、行政法令の追求する必要不可欠な公益が信頼保護の原則もしくは法的安定性・予測可能性の要請を凌駕するものと考えられるからである。したがって、事柄の判断は、一般的・抽象的ではなく、個別的・具体的になされなければならないこととなるのである」。

なお、森尾成之「農地法の土壤汚染対策と遡及責任」清和法学研究 18 巻 2 号（2011 年）55-74 頁も、公益を理由として遡及適用の必要性を強調している。

在でも、公害対策立法における同様の規定<sup>(92)</sup>は遡及適用を認めたものと解されることがあるが、事業者の「既得の地位」の理解によっては、結論が変わってくるかもしれない。

こうしてみると、やはり、既得権と時間的効力（主に遡及効）との関係、前者の尊重と後者の限界（主に不遡及原則）の関係について、より掘り下げて分析すべきであるように思われる。そこで、本研究が既に示した課題に取り組むにあたっては、特に遡及効の問題をめぐる議論に着目することとする。

#### 第四項 本研究の対象と構成

本研究は、以上で示した課題に取り組むために、法の時間的効力に関する歴史のおよび基礎理論的分析を行うものである。

既に簡単に指摘したことだが、田中二郎の所説のように、法の時間的効力論とそこにおける既得権の位置づけは、戦後に論じられるようになったものではなく、戦前から引き継がれていることが推察される。そして実際、既得権の概念は、西欧近代法の成立・発展における一つの鍵概念であるだけでなく<sup>(93)</sup>、実は、日本法にも歴史的に根深いものなのであった。その端緒は明治期の法典編纂にまで遡る。こうしたことから、歴史的な淵源を辿るために、**第一部**（二章構成）では、明治期から以降の戦前の日本法に取り組むこととする。その理由および各章での研究対象は、以下の通りである。

#### 第一章「フランス法の受容と変容」

民法草案の一つである「民法仮法則」（明治6年）の冒頭には、「前加条目」と題して、法律の公布・効力・適用に関する全6ヵ条が置かれていた。そして、その中には、明治以降の日本において法律の時間的効力について規定する最初の条文があった。

第二条 法律ハ将来ノコトヲ定ムルノミニシテ、之ヲ既往ニ及スコカラズ

その後、前加条目は民法本体からは独立し<sup>(94)</sup>、その諸規定を部分的に引き継ぎつつ整理・

<sup>92</sup> 水質汚濁防止法14条の3が定める地下水の水質浄化のための措置命令に関して、この規定を設けた平成8年（1996年）6月5日法律第58号は、附則2条において、「特定事業場における有害物質に該当する物質を含む水の地下への浸透のうちこの法律の公布の日前にあったものについては、当該浸透の時ににおける当該特定事業場の設置者（相続又は合併によりその地位を継承した者を含む。）がこの法律の公布の日まで引き続き当該特定事業場の設置者である場合を除き、改正後の第十四条の三第一項及び第二項の規定は、適用しない。」とした。なお、これに対して、同法19条が定める損害賠償に関する事業者の無過失責任は、昭和47年6月22日法律第84号（施行は同年10月1日）によって導入されたものであるが、その附則2項は、この改正法の規定は「この法律の施行後に生ずる損害について適用する」とした。

<sup>93</sup> 参照、村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法学協会雑誌86巻8号（1969年）21-76頁（特に39頁以下）、『良き旧き法』と帝国国制（一）（二）（三・完）法学協会雑誌90巻10号（1973年）1-48頁、同11号25-74頁、91巻2号（1974年）1-44頁、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的公構造（四）」国家学会雑誌104巻5・6号（1991年）1-70頁。

<sup>94</sup> 民法仮法則の前加条目には外国法との抵触問題に関する規定も含まれていたため、これを民法の中に置

拡充した上で、一つの法律である「法例」として制定されることになる。そこには、上記2条の規定も引き継がれた。そのため、法例の審議に際して、日本において法律の時間的効力（主に法律不遡及）をめぐる初めて本格的な議論がなされた。法例の制定過程が日本における理論形成の出発点となり、最初期の議論の舞台であったのである。

とはいえ、明治期の法典編纂は、基本的に外国法の継受を通じて行われた。そして、周知のとおり、まず模範とされたのはフランス法であった。1804年に制定されたフランス民法典の翻訳・検討を通して、その圧倒的な影響の下で民法編纂は進められたのである<sup>(95)</sup>。そして、フランス民法典には、法律一般に関する総則的規定として、その冒頭に全6カ条からなる前加章（Titre préliminaire）があり、「法律一般の公布、効力および適用について（De la publication, des effets et de l'application des lois en général）」規定している<sup>(96)</sup>。これらの規定は民法典だけでなく全ての法律に関するものであるが、歴史的事情から民法典に置かれた。民法仮法則の前加条目は、これに倣ったのである。そして、前加条2条に対応する規定はフランス民法典2条であり、これは、法律の時間的効力に関して次のように規定している。

2条 法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。

（La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif）

---

くことについては、当時においても違和感があったようである。また、すでに国際交流が増しており、国内の統一法である民商法などの制定にともない、外国法との抵触に対処する必要もあった。特に、領事裁判権が撤廃されると、従来は日本の裁判権が及ばなかった外国人についても日本の裁判所が裁判権を行使し得ることとなるため、実際上も、国際私法の整備が急務となっていたようである（参照、高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書——わが国の国際私法学における立法資料の取扱」国際法外交雑誌86巻2号（1987年）30頁以下）。こうしたことから、立法形式としてはイタリア法に倣って、前加条目を民法から独立させる構想が生まれた。こうして制定されることとなったのが、「法例」という法律である。

なお、民法仮法則の全文については、参照、石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979年）29-45頁。前加条目には、2条以外の他には、次のような規定が置かれていた。

第一条 法律ハ太政官ノ領布ニ依リ全国ニ於テ之ヲ施行ス可シ、

但シ、法律ヲ領布シ、各府県ニ達スルトキ、各府県直ニ之ヲ管下ノ揭示場及ビ区々ニ揭示ス、揭示シタル日ヨリ五日ヲ経レバ、各管下ノ人民皆承諾スルコトヲ看做ス可シ、

第三条 國中取締及ビ安寧ノ事ニ管スル法律ハ、日本国内ニ住居スル者皆之ヲ遵守ス可シ、不動産ハ外国人ノ所有スル物ト雖モ、日本ノ法ヲ以テ之ヲ支配ス可シ、

人ノ身分及ビ能力ニ付テノ法律ハ、国内ニ住居スル者ハ勿論、外国ニ住居スル者ト雖モ、必ズ之ヲ遵守ス可シ、

第四条 裁判役若シ法律ノ不備不明等ヲ以テ口実トナシ受理セザルトキハ、其不受理ノ罪ノ訴ヲ受ク可シ、

第五条 裁判役ハ己レニ告白セシ訴訟ニ付、其事ヲ断ズルヲ得ルト雖モ、是ヲ以テ一般ノ規則ト定ルヲ得ズ、

第六条 私ノ契約ヲ以テ國中ノ安寧及ビ風儀ニ関スル法律ヲ犯ス可カラズ

<sup>95</sup> 日本へのフランス法の影響については、本文以下の記述も含めて、参照、星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」北村一郎編著『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）61-89頁。

<sup>96</sup> 「前加章」は、言葉としては、序章といった意味合いである。箕作麟祥がフランス民法典を翻訳した際には、「前加篇」と訳された。これに敬意を表して、北村一郎「作品としてのフランス民法典」前掲『フランス民法典の200年』8頁は、「前加章」の訳語を用いている。本稿も同旨である。なお、前加章をめぐるフランスでの議論状況の概観につき、参照、松本英実「民法典序章——古法と現在をつなぐもの」同上117-139頁。

ここから明らかなように、日本では、法律の効力に関して、フランス法の継受によって特に法律の不遡及原則を実定法化しようとしたのである。こうした立法動向を契機として、学説でも、法例に註釈を施すという形で議論がなされるようになった。議論の舞台は学説へと移り、文献上では、「法律の時に関する効力」という問題設定がなされた。ここで更に注目すべきは、日本法学説が、フランス法学説から不遡及原則に関する古典的理論をも輸入したことである。それが即ち、既得権論である。実は、法例の制定に際しても、法案段階では、フランス民法典2条だけでなく既得権論までもが実定法化されようとしていた。

本研究は、以上の理由から、第一章において法例の制定過程とこれに関する学説を分析することとする。

ただ、明治期の日本において、このように、法律の不遡及原則およびフランス法の既得権論の実定法化が企図され、学説上も盛んに議論されていたことは、現在、あまり知られていない。それには、もっともな事情がある。法例は施行に至るまでに重大な修正がなされ、最終的に上記2条は法律規定として姿を現すことがなかったのである。というのも、程なくして、立法実務および学問上の関心がフランス法からドイツ法へと移ったことに伴い、時間的効力に関する議論には変化が見られるようになる。そして、2条が削除されただけでなく、学説でも、ドイツ法学説が受容されるに至る。

こうした経緯からすると、立法と学説がフランス法どのように受け止め、採り入れたのか、そして採り入れなかったのかを分析することによって、日本法における理論形成の端緒を明らかにできると思われる。そこで、まず法例の制定過程を対象とするのが、**第一節「旧法例2条の不遡及原則」**である。次に、学説におけるフランス法の受容と変容についての分析するのが、**第二節「戦前学説の変遷」**である。

## 第二章「日本法の展開」

法律の不遡及原則の実定法化は結実しなかったが、明治期において既に原則それ自体は自明となり、その意味で、観念は摂取された。とはいえ、直ちに定着したわけではなかった。明治から昭和にかけて制定された法律の中には、その時間的適用範囲をめぐる、裁判上あるいは学説上において議論となったものが幾つかある。そこでは、しばしば大きな対立が生じ、そうした状況は昭和初期（戦前）まで続いた。私法での議論も含めて、この間の判例・学説について分析するのが、**第一節「不遡及原則をめぐる諸対立」**である。

こうした対立の背景には、学問的関心の変移も影響したであろうが、現実的には、日本での実際の立法に対する当時の実践的評価も関係していたと思われる。つまり、日本において近代的な法制度が整備される中であって、その時間的効力に対しては様々な現実的課題が突きつけられ、そうした状況に合わせて、法律の時間的適用範囲に対する見解にも揺らぎが生じたであろうことは想像に難くない。とりわけ、大審院や行政裁判所の判例をみると、公法では不遡及原則が妥当しておらず、施行後は直ちに一律に適用されるべき



と解されていたと見る余地がある。そのため、公法に関しては別個に、**第二節「公法の時間的効力」**において取り上げることとする。

なお、日本法への実際的影響という点では、ドイツ法が圧倒的に優位であったことは確かである。そのため、フランス法の影響が相対的であることを示すために、第一章と第二章では、日本法が継受した限りにおいてであるがドイツ法にも言及する。

以上の第一部の研究を通じて、法律の時間的効力をめぐっては、多くの議論・対立があったことが確認される。歴史的に負ってきた重荷（実際的課題）を再確認することは、理論史・法制史的関心からだけでなく現代的諸問題の検討のためにも有益な視点を得られるものと思われる。第一部を「問いの探求」と題した所以である。

そして次に、**第二部「解への探訪」**（二章構成）では、日本法よりもさらに遡り、1789年の大革命から20世紀初頭までのフランス法に取り組む。その理由および各章での研究対象は、以下の通りである。

### 第三章「フランス民法典2条の不遡及原則」

法律の時間的効力について、日本法学説ではフランス法の受容を通じて議論が始められ、その際に、フランス法学説における古典的理論である既得権論が輸入されたのであり、この点で既に、日本法の淵源を明らかにするためにはフランス法研究が欠かせない。その上、フランスが1804年という早い時期に法律の不遡及原則を実定法化したこと（前記のフランス民法典2条）、それ以降、その注釈として学説によって既得権論が展開され、19世紀を通じて支配的であったことが、既得権に着目する本研究にとっては何より注目される。

確かに、不遡及原則それ自体がフランス発祥というわけではなく、ローマ法にまで遡り得るようである。だが、法律一般の不遡及原則を明確な形で打ち立てた点ではフランスは西欧諸国の中でかなり早く<sup>97)</sup>、民法典2条は現在まで長きにわたって効力を有しており、しかも、諸外国にも影響を及ぼした<sup>98)</sup>。こうした側面に鑑みるならば、フランス法には先

<sup>97)</sup> 時期的には、1794年のプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten）の方が早い。序章14条は、「新しい法律は、すでに生じた行動および事件には適用することができない。」（Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden）と規定したのである。これに続き、序章15条「しかし、立法者が旧法律の解釈を必要とみなし、適切な方法で公布する場合、この解釈は、今後裁判されるべき全ての法的事件において決定基準となる。」、序章17条では旧法上の形式を欠くために無効となった過去の行為について、訴訟提起の時点で新法の規定する形式が履行された場合には有効とすべきとする規定、序章18条「旧法令において確定された刑罰の軽減は、新しい法律の公布時にいまだ刑の執行が行われていない犯罪者にも適用される。」が置かれた。その他にも、公布状（Patente de promulgation）には、主要な時間的抵触に関する膨大な規定がある。

条文の訳については、以下を参考にした。石部雅亮＝野田龍一「イエーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』(二)」法政研究48巻2号(1981年)457頁以下(特に、459頁および注19-21)。

<sup>98)</sup> 1811年のオーストリア一般民法典（Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch）は、5条「法律は遡及的に作用することはなく、既遂の行為および既得の権利に対し、いかなる影響をも及ぼすものではない。」（Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß.）と規定する。その他にも、1865年のイタリア民法2条（1942年の新民法11条でも維持）、1867年のポルトガル法典8条、1889年のスペイン民法典2条3項、1907年のスイス民法典終章1条。

駆的意義が認められるであろう。しかも、既得権の理論を古くから体系的に展開してきたのも、フランスであった。これに対して、例えばドイツは、一時期ナポレオン法典が適用されていたという歴史的事情や理論的批判もあって、既得権論が支持されることはなかった。こうしたことから、やはり、フランス法研究には独自の意義があるように思われる。

本研究では、まず、法律の不遡及原則を一般的な形で宣言したフランス民法典 2 条を取り上げる。それが、**第一節「民法典 2 条の制定過程」**である。すなわち、なぜ、あえて一つの条文として規定することが企図されたのか、その際、立法者において不遡及原則はどのように理解されたのかについて、当時の状況や議論を辿ることによって、民法典 2 条の立法趣旨を明らかにする。とはいえ、2 条それ自体は「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。」と規定するのみである。ここに、既得権の文言はない。では、フランス法学説において不遡及原則は歴史的にどのように理解されてきたのか、特に既得権論はどのようにして形成されたのか。次に、これらを分析することによって、既得権論の理論的含意を明らかにすることとする。それが、**第二節「不遡及原則と既得権論」**である。

ところで、本研究は公法学的観点からの研究である。そのため、なぜ民法典に着目するのかが問われるかもしれない。この点に関しては、法律の時間的効力に関する規定が民法典に置かれたことの意味を説明しておく必要がある。フランスにおいて、民法典は、その内容からして「フランス（社会）の民事憲法」<sup>99)</sup>とでも言うべき実質を有し、市民社会の基本的な法典であると考えられてきた。そうであるため、民法典の冒頭において法律一般に関する規定が置かれたのである。民法典の起草者の一人であるポルタリスも、「最も広範な分野の立法に携わるべく召集された時に、法律一般に関することに携わるのは当然なのであった」と述べていた<sup>100)</sup>。つまり、民法典に規定が置かれたのは、民法に関する事項であるからではなかった。法律の時間的効力の問題はあらゆる分野の法律において生じ得ることは承知の上で、最も一般的な法典の中で規定されたのである。

実際、フランスにおいても、民法典の一規定ではあるが、不遡及原則は法律一般にまで射程が及ぶものと解されてきた。確かに、民法典の規定であるために、また私法学が早くから発達してきたために、不遡及原則をめぐっては、主に私法学者が民法上の問題を念頭において議論してきた（現在でも、フランスでは、法学概論（Introduction）の講義は私法学者が担当している）。だが、必ずしも私法に固有の理論を形成してきたわけではなく、比重は大きくないが、公法に属するであろう法律も議論の対象となっていた。そもそも、19 世紀には、統治機構の問題が憲法領域に属することは明確であったが、現在のように公法と私法が厳密に区別されていたわけではなく、行政組織以外の行政作用についての一般理論的研究としての行政法学が発展するのは 20 世紀初頭から以降である。こうしたことから、第三章では民法典に関する議論および民法の概説書を参照することが多いが、これを対象とした研究

<sup>99)</sup> カルボニエの言。その紹介として、参照、北村一郎・前掲「作品としてのフランス民法典」2 頁。

<sup>100)</sup> もっとも、審議においては前加章の諸規定を民法典に置くことについては反論もあった。だからこそ、ポルタリスは本文引用のように述べて正当化を試みたのである。この議論については、第三章第一節第二款を参照。

は公法学とも無関係ではない。公法学が独自に発達する以前においては、公的な問題が私法学者によって議論されてきた側面を見逃してはなるまい。

以上の理由から、公法学的研究においても、民法典 2 条を研究対象とすることには意義があると考ええる。ただし、対象とするのは不遡及原則に関する一般理論に限り、公法に關係するものを除いて個別論点に関する議論は取り上げない<sup>(101)</sup>。

#### 第四章「フランスにおける公法の時間的効力」

フランス法研究において民法典 2 条に着目することが不可欠であるとしても、勿論、それだけでは公法学的研究として十分ではない。20 世紀初頭頃から発展するという行政法学の学問動向とは別に、それ以前においても行政活動や行政関連法令は存在しており、これに応じて、行政機構それ自体や行政組織法の研究、個別行政活動および個別行政法の各論的研究は 19 世紀の早くから現れていた<sup>(102)</sup>。だが、公法学者が、そうした文献において行政関連法令の時間的効力の問題を取り上げることは殆どなかった。その背景には、19 世紀フランスの法制度に固有の事情があったと思われる。そして、このことは、第四章における研究対象の選定とも関連がある。

第一に、フランスでは、人権宣言の以後、人権保障や司法と行政の分離を徹底するために、行政機関による制裁を認めることには極めて慎重であった。その結果、警察規制法令の違反についても、違警罪 (contravention) として刑事裁判官 (刑事裁判所や破毀院刑事部) によって刑罰を科すこととされてきた<sup>(103)</sup>。そのため、公法とりわけ警察規制立法の時間的効力が現実の問題となるのは、主に、規制法令に違反した者が刑事訴追された際に、被告人に対して当該法令を適用するならばそれは既得権の侵害あるいは遡及適用であって許されないのではないかが争われる場合においてであり、実際にも多くの破毀院判例がある。ここでは、刑法の不遡及原則 (遡及処罰の禁止原則)<sup>(104)</sup> に違反しているという形で問題が位置づ

<sup>101</sup> 法律の時間的適用範囲をめぐることは、遡及適用の可否を中心として、各法分野ごとに極めて多様な問題があり得る。特にフランスにおいては民法典ですら法改正が頻繁であったこともあり、19 世紀初頭から今日に至るまで、実際の立法や法改正の適用関係を明らかにするという極めて実務的な関心の下で、幅広い議論が展開されてきた。ここで、1828 年の古典的な文献 (メルランの『法学辞典』) を見てみると、法律に明文規定がない場合の時間的適用範囲について、以下の項目に細分されて論じられている。

すなわち、①人の身分 (état)・能力 (capacité) として、内国人 (régnicole)、外国人、民事死亡者、夫婦 (特に女性の能力への影響)、離婚者、父と子、成年・未成年、禁治産者、②契約 (有効性、形式、効果、帰結 (suite)、取消、無効・解除・滅殺、瑕疵の追認)、③準契約 (事務管理・不当利得、契約外での債務発生原因で不法行為以外)、④遺言、⑤遺言なしの相続、⑥手続、⑦判決、⑧契約や判決の執行方法、⑨刑罰、⑩解釈法律、⑪是正法律、⑫宣言法律。

<sup>102</sup> フランス行政法の学説史については、参照、兼子仁「フランス行政法学史概説」および「フランス行政法学の形成と展開」兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』(岩波書店、1990 年) 6 頁以下・89 頁以下。

<sup>103</sup> フランスにおける行政制裁に関する邦語文献としては、参照、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相』(有斐閣、2013 年) 253-292 頁 (特に 256 頁以下)。

<sup>104</sup> 人権宣言 8 条がこれを規定しており、また、1810 年の旧刑法典 4 条は、「違警罪、軽罪、重罪に対して、これらを犯した時より前の法律によって宣言されていなかった刑罰は、これを科することができない。」と規定する。

けられていた可能性があるかもしれないが、少なくとも明示的には、そのように論じた者はいなかった。というのも、新たな警察規制における違反者の処罰にあっては、過去の行為が処罰されたか否かよりも、そもそも法律や行政立法によって当該規制をなし得るのか否かが問われるからである。例えば、出版規制や建築規制に関する新法に違反したために刑事訴追されたという場合、当該規制の遡及効の有無が焦点になり、出版社の設立行為や所有権に対する遡及的侵害があるのではないかが論じられた。これは刑法固有の問題ではなく、所有権等の規制立法の解釈や、行政機関の規制権限の有無・範囲をめぐる問題であると言することができる<sup>(105)</sup>。そして、そこでの議論を担ったのは実務家（多くが弁護士）や私法学者であった。

第二に、行政法学の発展のためには、行政裁判所（コンセイユ・デタ）の制度および判例の進展が必要であった。19世紀後半からの越権訴訟（行政行為の取消訴訟）の制度的整備や訴訟要件の拡大、訴訟法的観点から越権訴訟に服するものとしての行政行為論の形成とともに、行政法の一般理論が形成されていったのである。兼子仁が述べているように、「コンセイユ・デタによる『裁判的統制』という統一的視点から行政を法的に見ることによって、それ以前のフランス行政法学書が行政各部法・行政法各論の体系化に忙殺されていた状況を超えて、行政法総論つまり一般行政法の体系化の契機が得られたわけである」<sup>(106)</sup>。そして、その端緒となったのが、行政裁判官であり当時は実質的トップの副長官であったエドワール・ラフェリエールの有名な『行政裁判論』であって、時期としては、初版が1887年、第二版が1896年に出版された。こうした前提の下に公法学者が行政法学を形成し始めたのが19世紀末から20世紀初頭にかけてであり、代表的な公法学者として、レオン・デュギー、ガストン・ジェーズ、モーリス・オーリウ等がいる。

以上の二つの事情からして、研究対象に関して、第一に、公法に属しうる法令の時間的効力に関する19世紀の理論・実務を分析するためには、行政判例や公法学者の文献のみを対象とするのでは不十分であり、破毀院判例とこれに関する議論を取り上げるべきである。後者では、必ずしも私法とは区別された公法という独自の領域が意識されていたわけではなく、その意味で、公法の時間的効力論であると言いうるかは若干の留保が必要であろう。だが、公法理論や行政法学が発展する以前における公法的議論としての側面があることは確かである。特に、警察規制に関しては多くの議論がなされてきた。こうしたことから、公法学的研究を目的とする第四章ではあるが、**第一節「警察規制立法の時間的効力」**においては、少なくない部分で、破毀院判例や私法学説をも取り上げることとする。なお、破毀院の刑事判例を研究対象に含めるが、上記第一で述べたように、遡及処罰が主要な問題で

<sup>105</sup> 例外的に警察規制法令を取り上げている刑法の概説書もあるが（管見の限りでは唯一。ただし、著者は破毀院付きの弁護士）、そこでは、行政上の警察命令（*règlement de simple police*）に対して不遡及原則が適用されないと言われることがあるが、この定式は誤りであって、行政機関に警察命令を発する権限があるか否かの問題として理解すべきと述べられている。Antoine BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, Première étude, Cosse et Marchal, 1861, pp. 69-70.

<sup>106</sup> 兼子・前掲『フランス行政法学史』164頁。

あったわけではないので、刑法の不遡及原則は研究対象としないこととする。

第二に、公法一般の時間的効力に関しては、20 世紀初頭頃から行政法学が発展していく最中における公法学者の議論を分析することとする。時期的には、初期の代表的な公法学者が活躍した 20 世紀前半までに限る。というのも、この時期において既に、行政法の時間的効力についての理論が構築され、その後の展開の基礎となったからである。もっとも、ある歴史的な議論を分析しようとする場合、その正確な評価・位置づけのためには、背景にあったはずの法制度や判例、当時において通説的であった学説などの諸状況、あるいは当時の社会的問題などを踏まえる必要がある。そのため、本研究では、公法理論の分析に先立ち、当時の問題状況をなるべく具体的に把握しようと務めることとする。

20 世紀初期という時期に注目するのは、また、学問的な発展がみられたことに因るだけではない。発展の前提として、おそらくは 19 世紀末頃から、旧来の法制度や古典的法理論の限界が感じられるようになり、当時における現代的課題（諸制度の刷新など）であったり新たな社会的要請（公的介入の必要性など）との間で緊張関係を孕んでいるものと見なされるようになる。まさに、この時期には、新法の時間的効力が現実的にも重要な問題であったのである。そして、旧きものが新たな法秩序の形成を妨げるべきではないと考えられ、古典的理論は批判された（ただし、これは公法に限らず、私法にも共通する時代的課題であった）。既得権論の徹底した克服や再構築が試みられたのである。私法上の法関係を主に念頭に置いて構築されてきた既得権論が、公法上の行政と私人の関係には妥当せず、公法独自の論理構成が必要であると考えられ、批判が向けられることになったと言える。こうしたことから、**第二節「公法学説の時間的効力論」**では、既得権論が批判された具体的要因や、それに替わる公法理論の形成を試みた公法学説について分析することとする。

### 研究対象の限定

本論に移る前に、最後に、本研究の対象の地理的・時期的な限定を明確にしておく。すなわち、本研究は日本法とフランス法を対象とし、その時期を 20 世紀前半までに限る。それ以降の展開は取り上げない。

まず、地理的限定について、本研究が日本法とともにフランス法をも対象とすることは、明治初期の日本法とフランス法との密接な結びつきが関係していることは確かである。ただ、法律の時間的効力に関しては、結果的に日本法への影響は限定的であり、そのため、フランス法が母法であるために研究を行おうとするのではない。むしろ、日本法とは制度的背景が異なっているからこそ、日本の立法実務の基礎理念の再検討を目的とする本研究にとっては、フランス法の研究が必要となる。

日本法への影響という点では、法律の時間的効力の問題の実務的処理（主に附則で経過措置を規定することによる処理）に関して日本法が模範としたのはドイツ法である。ドイツでは、法典編纂に際して遂に一般原則を条文化することではなく、例えばドイツ民法典の制定に際して、これにより生じ得る時間的適用関係の問題について民法施行法によって個別的かつ

極めて詳細に整理された。このように、日本法と同じく、個別法や施行法によって経過規定が整備されてきたのである。

しかし、本研究は、個々の経過規定の解釈・分析を総合するのではなく、原則を追求することで、立法実務を問い直そうとするものである。この点、フランスの立法実務は、歴史的に、経過規定を詳しく整備することはなく、法適用のあり方については裁判所や学説に委ねることが少なくなかった。特に、中央政府ではなく地方の行政立法については、立法能力の限界もあり、その傾向が顕著であった。そのため、フランスでは、新法の時間的効力を、経過規定の整備やその解釈ではなく、裁判実務や学問的営為を通じて処理してきた。そして、裁判的解決が積み重ねられる中で、学説によって、一定の理論が提示されてきたのであった。

以上のことから、本研究は、20 世紀前半までのフランスを対象とするのが有益であると考え、比較法研究の対象にすることとした。ドイツの立法実務が日本法でも採用されたことから比較法研究の対象としてドイツ法も選択肢としてはあり得るが、それは今後の課題とせざるを得ない<sup>(107)</sup>。

次に、研究対象の時期的限定については、第一に、20 世紀初頭のフランスの公法学者の議論が注目されることが関係している。その意義については既に日本では共通理解となっていると思われるが、磯部力が端的に次のように述べている。すなわち、「オーリウやデュギーの理論を研究することが、フランスの現在の公法学の理解に直接的にどれ程役立つかということになれば、答えはそれ程簡単ではなかろう。この 50 年の間に蓄積された書物の量はおびただしく、制度や判例の変化も大きいからである。しかしたとえば外国人の研究者が、ドイツ法や英米法との比較において、フランス公法学の基本的な特徴を、その基礎理論のレベルで捉えたいと考えるような場合においては、よるべきはやはりオーリウやデュギーの著作ということになる。彼らの仕事には、新しいものの考え方が生み出されようとしている時代にのみ特有の瑞々しさと華やかさが備わっており、その意味でほとんど古さを感じさせないからである」<sup>(108)</sup>。ただし、本研究としては、ある学説を分析するには、その内在的論理だけでなく、それ以前の議論蓄積や制度的前提を把握すべきであると考えたため、19 世紀にまで遡って研究を始めることとした。

第二に、近代法制度を形成した後のフランスが、19 世紀を通じて、政治体制の変転にもかかわらず国内法制については安定的であったことも重要である。旧法から新法への変遷も、政治体制の激動にともなって生じたのではなく、安定的な実定法秩序の中での現象であったと言える。そして、19 世紀末頃から、フランスでは現代社会への変化が始まったが、それでも、21 世紀の現代社会に比べれば国内法制はなお単純であったと推察される。つまり、20 世紀前半までの時期のフランス法研究からは、実定法秩序の内部において法令が制

<sup>107</sup> ドイツ法における時間的効力論の歴史的研究としては、参照、Friedrich AFFOLTER, *Das intertemporale Recht*, Verlag von Veit und Comp., T. I, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, 1902.

<sup>108</sup> 磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983 年）395 頁。

定・改正されていく中でのその時間的効力に関して、基本的な姿を捉えることができるのではないかと考えられる<sup>(109)</sup>。

なお、研究対象の時期的限定との関連で、二点の補足をしておく。第一に、本研究は公法学的研究ではあるものの、憲法に固有の議論は対象外とした。フランスでは、20 世紀後半からは違憲立法審査を通じて遡及立法に対する憲法的統制を及ぼしているが、憲法判例には取り組まない。また、本研究は法の時間的効力の問題に関心があるが、憲法論では、一方で、有効化 (validation) 法律 (追認法律) について、立法と司法の権力分立との関係で議論がなされてきたし、この問題は昨今でも「公正な裁判を受ける権利」(ヨーロッパ人権条約 6 条) との関係で大きな問題となっている。他方で、主に財政法・租税法の遡及効は憲法院で頻繁に争われ、遡及立法の憲法上の限界についての判例が形成されてきたが、そこでは、法律の内容それ自体の限界が問われることから、時間的効力の問題は背後に退く。日本法への直接的な示唆という点では興味深いことは確かだが、フランスでさえ議論が落ち着いていないこともあり、憲法判例については今後の課題とする。

第二に、行政法においても、20 世紀中頃以降、コンセイユ・デタ判例によって法の一般原理が打ち立てられるようになり、これとの関係で不遡及原則も判例によって確立されることになる。しかし、こうした展開と現状については本研究の直接の対象とはせず、終章で簡単に触れるに留めることとする。

---

<sup>109</sup> 例えば、遡及の問題に限っていえば、フランス公法において遡及は次のような個別問題との関係において論じられてきた。①法律による有効化 (validation législative)、解釈法律 (loi interprétative)、越権訴訟の取消判決、判例変更 (revirement de jurisprudence)、行政行為の職権取消 (retrait)、瑕疵ある行為の適法化 (régularisation)、無効 (nullité)。これらは、公法上の遡及について包括的に研究したテーズ、Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse Paris II, 2011, pp. 7-8 の指摘によるものである。

## **第一部**

### **問いの探求**

**——日本法における法の時間的効力論の成立と展開——**





## 第一章 フランス法の受容と変容

本章では、まず、法律不遡及を規定していた法例という法律を取り上げて、その制定過程を明らかにする。最初期の議論は法例をめぐって交わされ、日本法における不遡及原則の形成にとっての出発点となった。したがって、日本において、当初、法律不遡及がどのように受け止められたのかを明らかにできるであろう（**第一節——旧法例2条の不遡及原則**）。

次に、法例の制定動向にともない、それに註釈を施すために学説において法律不遡及が論じられるようになることから、関連する戦前期の文献での議論を分析する。それは外国法学説を受容するものであったが、受容過程は一様ではなく、変容も見られた。したがって、不遡及原則が日本において成立するに至るまでの様子を明らかにできるであろう（**第二節——戦前学説の変遷**）。



## 第一節 旧法例 2 条の不遡及原則

本節では、法例という法律の制定過程を辿る<sup>(110)</sup>。法例が実際に施行されるに至るまでの過程は紆余曲折を経るものであったため、予め、その概略をまとめておこう。

法例は、明治 21 年には草案が作成されたが、審議によって削減・修正された上で、旧民法と同じく明治 23 年（1890 年）に法律として制定・公布された（明治 23 年 10 月 7 日法律第 97 号）。この時期までは、フランス法の影響が非常に強かった。草案をみると、不遡及原則に関しては、フランス法およびその古典学説をそのまま受容したと言える程であった。草案は大幅に縮減されてしまうが、明治 23 年に制定された法例においても、先に引用したフランス民法典 2 条と同じように、不遡及原則を宣言する規定が置かれたのであった（**第一款—旧法例の制定**）。

この法例は、明治 26 年 1 月 1 日に施行される予定であったが、法典論争の渦中で、二度にわたって施行延期とされた<sup>(111)</sup>。そして、遂に施行されることなく、民法と同じく、法例についても全面改正といえる程の修正がなされることとなる。この時期は、ドイツ法学の影響が強く、フランス法（学）が批判されたが、修正過程においても、明治 23 年の法例における不遡及原則の規定は強く批判された。その結果、当該規定は削除されてしまう。こうした根本的な修正がなされた上で、新たな法例は明治 31 年（1898 年）に制定され（明治 31 年 6 月 21 日法律第 10 号）、同年 7 月 16 日には実際に施行されることとなるのであった（**第二款—旧法例の修正**）。

以下では、明治 23 年の法例の「旧法例」といい、明治 31 年の法例を「新法例」「新たな法例」あるいは単に「法例」ということとする。なお、法例は 2006 年に全面改正され、「法の適用に関する通則法」（平成 18 年 6 月 21 日法律 78 号）となったため、厳密に言えば、明治 31 年の法例も“旧”法例なのではあるが、以下において通則法が議論対象となることはないので、上記の呼称を用いることとする。

<sup>110</sup> 参照、川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』（有斐閣、1967 年）5-101 頁、櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 巻』（有斐閣、2011 年）3-25 頁（櫻田嘉章執筆）、久保岩太郎「現行法例の成立について（身分と総則の部）——法典調査会議事速記録を中心として」青山法学論集 4 巻 3 号（1963 年）15-60 頁。法例の名称については、参照、穂積陳重「法例題号の由来」『法窓夜話』（1916 年）所収。

<sup>111</sup> 明治 25 年 11 月 24 日法律第 8 号により、明治 29 年 12 月 31 日まで延期され、次いで、明治 29 年 12 月 29 日法律 94 号により、明治 31 年 6 月 30 日まで延期された。

## 第一款 旧法例の制定——フランス法の受容

---

### 第一項 旧法例とボワソナード

#### 1. 草案の起案者

法例の制定へ向かう動きは、明治 21 年に始まったと考えられている。法例の制定史を研究した川上太郎によれば、明治 21 年 10 月頃には旧法例の草案が作成されており、そして、起案者はボワソナードであったとのことである。その理由としては、法案の起草は外国委員が行うものとされていたこと、ボワソナードが比較法学者としてイタリア民法やベルギー法にも通曉していたこと、穂積陳重の文書中には法例に関するボワソナード原案がある旨述べていること、を挙げている<sup>(112)</sup>。

川上の指摘はその研究対象であった国際私法に関するものであるが、法律の効力に関する部分についても、やはり、ボワソナードが起案したことは確実であると思われる。というのも、草案にはフランス民法典の規定とほぼ同じものがあることに加えて、法律の時に關する効力について、民法仮法則では 1 カ条 (2 条規定) が置かれていただけであったが、旧法例の草案では 5 カ条に増えている。だが、フランスを含めた当時の諸外国においても、これほど詳細な規定を置いている法律はなく、草案作成は単純な比較法によって為し得るものではなかった。そのため、不遡及原則に詳しい者が関与したことは間違いない。この点で最も注目されるのは、ボワソナードが不遡及原則について大学や法律学校において講義を行っていたことである。こうしたことから、草案は、時間的効力の部分についてもボワソナードが起案したものと考えられる。

#### 2. ボワソナードの法律不遡及論

実際、明治 6 年 (1873 年) に来日したボワソナードは、その翌年から司法省法律学校においてフランス法の講義を行ったが<sup>(113)</sup>、その中で、不遡及原則に言及していた。それは、講義記録から知ることができる。

「〔憲法の〕第五の原則は、法律の既往に及ばざる事なり。……是れ亦必要なる原則なり。何となれば、昨日如何なる法律に於ても禁止せざる事柄を行ひしに、今日出たる新法を以て之を罰するを得ざればなり。例えば、受託人、今日迄行はるる所の法律に拠り、総ての損失を負ふの責なくして人より物品を預りたるに、今日新法出て受託人は総て損失の担当者たる旨を定めり。此場合に於ては、旧法の成存中に約したる責なき事柄をして、新法に依て責を負はしむる時は、受託人の為めに堪ふ

---

<sup>112</sup> 川上・前掲書 22-24 頁。

<sup>113</sup> ボワソナードの講義に関しては、参照、市原晴久・千藤洋三「司法省法学校におけるボワソナードの講義」関西大学法学部百年史編纂委員会『関西法律学校の創立とその精神』（1986 年）427 頁以下。

可からざる事なり。」<sup>(114)</sup>

さらに、ボワソナードは、「法律不遡及論」を主題とした詳細な講義も行っており、その記録も残されている<sup>(115)</sup>。そこでの関心は民法の問題に限定されているものの、「法律不遡及の原則は、刑法及び行政法より民法及び商法に至るまで、一切の事項に適用するものなり」、「此原則は原来民法中に掲ぐ可からざるもの」<sup>(116)</sup>と述べられていたことに留意されたい。

ボワソナードの講義は、「一個の法律廃せられ他の法律之に代はり行はる可き時に際し発生する所の問題を講究」するものであった。総論だけでなく各論にもわたり、日本民法の制定にともなって、旧来の身分関係や取引関係などはどのように扱われることとなるのかについて、細かく論じている。ボワソナードとしては、こうした講義を通じて、民法全体を概観しようとの意図もあり、いわば民法概論といった位置づけでもあったようである。

不遡及原則の一般論に限ってみると、そこでは、既得権論が展開された。ボワソナードは、不遡及原則を既得権不可侵の原則として理解するフランスの古典学説を、日本に輸入したのであった。すなわち、「法律不遡及の原則は、他人を害す可からずとの原則の結果たること自ら自明なり。蓋し、一私人すら猶ほ且他人を害す可からず、況んや、一私人を支配し之が主宰たるべき法律に於ておや、一私人の権利を害す可らざる固より弁を俟たざるなり」と述べている<sup>(117)</sup>。

では、既得権とは何かというと、「法律の威力の下に在り且つ其担保を享けて発生したる利益、創定したる位地」である。そして、「此権利たるや正当に取得したるものなり。若し、新法を以て之を剥奪し又は之を減縮するときは、法律を以て人民を害し、之に属する所のものを剥奪するに外ならざるなり」。こうして、ボワソナードによれば、「不遡及の原則を正確に適用するが為めには、實際生ずる各場合に就き、新法実施の時に当り旧法に依り取得したる権利 (broit Ocauis) [ママ] あるや否やを講究することを要す」のであった<sup>(118)</sup>。これに対して、「或は既得権未だ存せざるも希望 (expectative) の存することあり。然れども、希望なるものは、時に貫徹せざることあり。而して、新法は其希望をして貫徹せしめざる原因の一たることあらん」<sup>(119)</sup>。

<sup>114</sup> ボワソナード『法律大意講義 完』(司法省、明治13年)97-98頁。復刻版として、ボワソナード文献双書14(宗文館書店、1986年)。

<sup>115</sup> ボワソナード(森順正訳)『民法原理 法律不遡及論』(和仏法律学校、明治28年)。これは、和仏法律学校における講義を口述筆記したものである。復刻版として、ボワソナード文献双書9(宗文館書店、1984年)。同書には、ボワソナードが同じ講義を帝国大学においても行ったと記されており、現に、総論部分のみであるが、明治24年に法学協会雑誌(9巻4号、6号、7号)において「法律不遡及論」が公表されている。そこでは旧法例(明治23年)について言及があることから、講義は、明治23年から24年頃に行われたものと思われる。

<sup>116</sup> 前掲書19-21頁。

<sup>117</sup> 同上38頁。

<sup>118</sup> 同上38-39頁。

<sup>119</sup> 同上48頁。

もっとも、法律の不遡及原則は立法者を拘束するものではないことに、注意しなければならない。というのも、「立法者に至ては、後日法律を制定するに当り此原則の為に拘束せられずして、既往に遡ぼるの法を立つることを得。……非常なる場合に於て法律に遡及力を興ふること、之を興へざるに比し却て利あるときは、遡及力ある法律を制定する亦敢て不可なりとせず」<sup>(120)</sup>。したがって、不遡及原則は、新法の適用関係について法律の明文規定がない場合において裁判官は新法に遡及効がないものと解釈すべきこと、を要請するに過ぎないのである。

なお、民法以外にも、ボワソナードは若干の言及をしている。その中で、公法については、法律不遡及に固有の問題というより、憲法制定を見据えての経過措置に関する問題を念頭に置きつつ、しかし、公法でも不遡及原則が妥当すると述べている。すなわち、「不遡及の原則は、尚ほ憲法に於て其適用あるものなり。即ち、従前の立法、処分及び各省大臣が其職権内に於て発布したる命令は、依然其効力を保有し、将来之を変更せんとするときには新設の議院法式に従はざる可からず」<sup>(121)</sup>。

## 第二項 旧法例草案

次に、ボワソナードが起案したとされる旧法例の草案を取り上げよう。そこには、「第二法律ノ時ニ関スル効力」について5カ条(2条から6条)が置かれていた。草案の全文および各条の趣旨・内容については、それが法律取調委員会の審議に付託された際に提出された起草の『理由書』<sup>(122)</sup>から知ることができ、これが旧法例の制定過程に関する唯一の史料である。

### 1. 草案における法律の不遡及原則

まず初めに、法律不遡及の原則的規定として、草案2条は、民法仮法則2条とほぼ同じく次のように規定した。あわせて、理由書も2条関連をすべて引用しておこう。

#### 第二条 法律ハ将来ノミヲ規定シ溯及ノ効力ヲ有セス

「本条は、仏国民法の規則を其儘掲載したるものにして、其規則は甚だ簡単にして何人と雖も其至当なることを了解す可し。然れども、此規則の適用に付ては實際無数の混雑を生ぜり。仏国に於ては、裁判例に依り、法律の効力を既往に及ぼす場合と否らざる場合とは漸く確定するに至りたれども、我国の法律は其完全なるを要するを以て、此原則の適用を規定するは必要なる可し。且つ、世人は此規則を文字の如く了解し、慥しく其利益を害するあれば、法律の効力を既往に及ぼすものと云ひ

<sup>120</sup> 同上 23 頁。

<sup>121</sup> 同上 68 頁。

<sup>122</sup> 『民法草案人事編理由書 上巻』(熊野敏三が起稿したと記されている)。これは、石井良助編『明治文化資料叢書 第三巻 法律編(上)』(風間書房、1959年)14頁以下に収録されている。

批難駁撃して止まざるなり。故に、本条の意義を了知せしむるは、無用の駁撃を止め、法律の尊重を増すの利益ある可し。」

これは 2 条の起草理由とされているが、フランス民法典に倣ったものであることが明言されているのみで、法律に原則として遡及効がないことは自明視されており、法律不遡及を一般的に規定することの理由それ自体は、特に説明されていない。むしろ、不遡及原則がフランスにおいて「無数の混雑」を生じさせてきたことを踏まえて、その予防のために、原則の適用例を整備することの必要性が説かれている。というのも、原則の適用に難しさがあるとしても、「我国の法律は其完全なるを要する」べきであり、また、「無用の駁撃を止め、法律の尊重を増す」ことが求められる。そのため、判例・学説に委ねることなく、それらを指導し得るように、原則の意味内容や限界を明確にするという方針が採られた。それが、草案 3 条から 6 条である。

## 2. 原則の適用——概観

不遡及原則の適用例を示す 3 条以下においては、法律の目的（公益の促進か、私益の保護か）と、それにより私人が受ける影響の性質（権利を害するものか、利益を損なうに過ぎないか）とを判断基準として、また、法律の規律対象の各分野に応じて、遡及効の有無が例示された。条文はあまり整理されていないのだが、先に、すべて引用しておこう。

第三条 社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス

第四条 社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス

第五条 身分は其獲得ニ必要ナル条件ノ完備シタルトキ又資産ヲ組成スル権利ハ其由テ生スル行為ノ完結シタルトキハ其権利ノ未必ニ係ルトキト雖モ之ヲ既得權ト為ス

人ノ能力及ヒ法律ノ直チニ附与スル権能ハ既得權ト為サス但シ其能力ニ依リ為シタル行為及ヒ其権能ノ行用ニ依リ得タル利益ハ此限ニ在ラス

権利行使ノ法式及ヒ証拠ハ其行為ヲ為シタル当時ノ法律ニ從ヒ其適法ト否トヲ決定スヘキノ点ニ於テハ既得權ト為ス

第六条 私益ヲ規定スルコトヲ目的ト為ス法律ハ各個人ノ私権ヲ害セサルトキト雖モ溯及ノ効力ヲ有セス但シ法律ノ明文ヲ以テ溯及ノ効力ヲ附シタル場合ハ此例ニ在ラス

## 3. 既得権の保護

ボワソナードが既得権論を支持していたことはその講義から明らかであったが、ボワソナードの起案にかかる旧法例草案は、やはり、既得権論に依拠して作成された。このことを最も端的に表しているのは、4 条である。それによれば、どのような目的であるにせよ、法律は「既ニ獲得シタル私権」を侵害し得ない。これに対して、私人の利益を損なうに過



ぎない法律であれば、それが公益を目的とする限りは遡及効も許容されると 3 条が規定する。つまり、既得権論によれば、〈法律不遡及＝既得権保護〉なのである。理由書（4 条関連）は、このことを次のように述べている。

「法律は遡及の効力を有せずとは、即ち、各個人既得の私権を害す可からずと云ふに在り。故に、法律の効力を既往に及ぼす可きや否やは、利益と権利との区別を為すに在り。私益を害すること如何に重大なりと雖も、立法官之を顧慮するに及ばず、随意に法律を改正するを得可しと雖も、人民の私権に至ては、社会の公益上如何に必要な場合あると雖も、決して之を害すべからず。何となれば、各人の社会に棲息するは其権利を確保せんが為めにして、決して之に優るの公益あらざればなり。」

そうすると、既得権が何であるかが重大な関心事となろう。それを示しているのが 5 条であり、理由書（5 条関連）も定義を明らかにしている。

「既得権とは、概ね資産を組成する権利に付称する所にして、所有権は直接又は間接に新法を以て之を剥奪するを得ずと云ふに在り。故に、其性質を察すれば既に一個人の資産中に入り他人の力を以て左右するを得ざる権利を云ふ。是れ之を其人の既得と云ふ所以なり。

然れども、仏国裁判例に依れば、既得権の思想を推广し、人の身分にまで之を及ぼしたり。身分に関する権利は吾人の為め最も貴重なるものにして、立法者随意に之を左右するを得べしと云ふは社会の目的に反すべし。何そ一層賤視す可き所有権に限り如此の担保を附するを以て至当と為すを得んや。諸国の法律に拠るに、吾人の身分を確保する方法は、殆んど所有権の規則に異ならず。故に、身分を以て、既得権となすは適当ならんと信ず。」

このように、既得権とは、「資産を組成する権利」とであるとされる。ただ、これは、旧民法草案における財産の定義と同じものとなっている。そこでは、「財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ」（1 条 1 項）と定義されていた。財産の対象となる物には、無体物も含まれる（旧民法 6 条 3 項）。したがって、物が特定人に帰属し、その資産を構成する財産を有しているとき、つまり、そうした物に対する権利を有しているとき、それは既得権なのである（例えば契約上の債権も既得権となる）。こうしたことから、必然的に、「既に一個人の資産中に入り他人の力を以て左右するを得ざる権利」という既得権の指標が導かれた。そして、こうした基本的要素を拡張することで、身分上の権利も既得権であるとされた。5 条 1 項は、以上のことを規定したのであった。

そして、理由書では、既得権の具体例も示されている。1 項については、婚姻による身分獲得や贈与契約は既得権である。2 項については、婚姻年齢や相続権は既得権ではないが、2 項但書にあるように、成年であった者の契約や相続開始によって既得権が生じる。3 項の理由については、「旧法の時完結したる法律上の所為は、新法を以て其法式を改正し、其証拠を変更するも、従前の法式に従ひ其効力を有し、従前の証拠に従ひ之を証明するを得る

にあらざれば、所謂既得権も有名無実に流る可し」と説明されている。

また、既得権の限界に関わることであるが、「権利ノ行用又ハ保存」、つまり権利の存在それ自体ではなくその内容・維持（例えば、公益上の地役の設定や公証方法の設定）に関してであれば、新法によって変更し得ると4条但書が規定している。

#### 4. 法律の目的

ところで、草案は、既得権論にくわえて、法律の目的をも遡及効の有無の判断基準とした。だが、これにより、複合的で錯綜した基準となってしまった感は否めない。既得権論によれば、利益の毀損に過ぎなければ遡及効が許容されるはずなのだが、草案の3条・6条では、遡及効が許容されるのは公益目的の法律に限られているのである。この点に関連して、理由書（3条関連）は次のように述べている。

「第二条の規則は絶対の原則に非ずして、却て一箇の例外に属す。法律の改正は社会の改良を目的とするものにして、弊法を改正するに当り、若し新法の効力を将来のみに限るときは、決して社会を一新し旧法の弊害を一掃すること能はざる可し。故に、公益に関する法律は各個人の利益を害することありと雖も、其適用を既往に及ぼさざる可らず。法律の改正は必ず人民の利益を障害するものにして、若し此利益の爲め躊躇するときは社会の進歩は得て期す可らず。立法者は各個人の利益を害するに係はらず、法律を改正するの権利あり、否な、是れ其職務上の義務とも謂ふ可し。」

ここでは、草案2条が法律不遡及を一般的に規定するにもかかわらず、それは「一箇の例外」であると位置づけていることが、何より注目される。公益目的の法律は旧法下で私人が得た利益を尊重する必要はなく、その意味で、「其適用を既往に及ぼさざる可らず」ことが原則であり、2条はその例外と解された。例外とは、具体的には、既得権を尊重しなければならない、ということである（4条）。したがって、条文構成としては、公益目的の法律につき、3条が原則を示し、2条はその例外をなしており、4条が例外を具体的に例示していることになる。

こうしてみると、草案では、既得権論は例外を導くだけであり、むしろ、より重要なのは法律の目的であったように思われる。では、公益目的の法律とは具体的に何であるのか。理由書（3条関連）を見てみよう。

「社会の公益を目的となす法律の種類を挙ぐるは、左の如し。第一、憲法及び行政法、例之は、政権を附与し又は公権を規定する所の法律は社会の智識風俗需要等に従ふ可きものにして、縦令旧法に依り是等の権利を享有したる者と雖ども、新法を以て之を制限し又は剥奪したるときは、新法に服従せざる可らず。第二、刑事及び民事裁判所の構成及び管轄に関する法律、新法を以て之を改正するは皆裁判の公平ならんことを期するものにして、一個人爲めに損害を受く可しと雖も、新法の適用を拒むことを得ず。第三、刑事及び民事の訴訟手続及び裁判執行に関する法律、此種の法律も

其目的前を同一にして、立法者之を改正するときは即時に新法を適用す可きものなり。第四、其他民法中公益に関する条例、是れ此問題の困難なる所にして、民法の条例中遡及の効力を有するものと否らざるものとを区別するに在り。……此外刑法は全く其原則を異にするに由り、茲に贅するを要せず。」

もっとも、私益に関する法律については、原則として遡及効は認められない。6条が規定するように、そうした法律は、既得権を侵害せず何らかの利益を損なうに過ぎない場合であっても、遡及効は許容されない。したがって、ここでの法律不遡及は文字どおり原則となっており、つまり、〈法律不遡及＝既得権および私益の保護〉なのである。ただし、法律の明文規定による例外はあり得ることを6条但書が確認している。

### 5. 遡及の概念

なお、草案においては、遡及（既往に遡ること）の概念については、かなり曖昧となっている。理由書（4条関連）では、「法律は遡及の効力を有せずとは、即ち、各個人既得の私権を害す可からずと云ふに在り」とされていることから、〈遡及＝既得権侵害〉と解し得るし、おそらく、ボワソナードもそのように解していたと思われる。ただ、公益目的の法律については、「各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス」（3条）と規定されており、理由書（3条関連）でも、「公益に関する法律は各個人の利益を害することありと雖も、其適用を既往に及ぼさざる可らず」と述べられていた。ここでは、私人の利益を遡及的に損なうことがあり得るように読める。だが、そうすると、遡及とは既得権侵害に限らないことになる。

おそらく、法的に許されない遡及と、許容される遡及とでは、観点が異なっている。前者の遡及は法概念であるが、後者は法的には捉えられてはいなかったと思われる。

## 第三項 法案確定の経緯

### 1. 草案の変更・削除

以上のとおりの2条から6条を含めて、旧法例の草案は、全35カ条からなっていた。その後、法律取調委員会における審議により草案の一部が変更・削除され、全17カ条の確定案となった後に、元老院での審議へと付託される運びとなった。そして、明治23年に法律として制定されたのである。その際には、5カ条あった法律不遡及に関する規定も2条のみに削減され、文言も若干修正された<sup>(123)</sup>。

<sup>123</sup> なお、民法仮法則の前加条目には、2条の他に、法律の施行（1条）、裁判拒絶の禁止（4条）、法裁判決の禁止（5条）、公序良俗（6条）に関する規定があったが（条文は前注94を参照）、これらにつき、旧法例では5条が削除され、それ以外については以下のように規定された。

第一条 法律ハ公布アリタル日ヨリ満二十日ノ後ハ之ヲ遵守ス可キモノトス但法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス

## 第二条 法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス

法律取調委員会の議事録は残されておらず、こうした削減の経緯については史料がないため、その理由は明らかでない。法典編纂に関する一般的反応としては、旧民法に対して、法命題だけでなく数多くの定義規定や例示的・説明的规定を含んでいることが批判の対象となったが、同じ批判は、旧法例草案に対しても向けられたのではないかと推察される。というのも、草案3条から6条は、2条の具体的適用のあり方を例示するものであった。

また、旧法例の草案は各方面に送付されて意見が徴せられたという経緯があることから、確定案の作成においては、寄せられた意見を参考にしたものと考えられている<sup>(124)</sup>。確かに、2条から6条に関しては、司法省法律顧問であったイギリス人のカークードおよびパテルノストロによる意見書があり、何れも、草案に批判的な意見を表明していた。その中で、カークードの意見書は旧法例草案の全体に対する長文のものではあるが、法律不遡及に関しては、3条・4条の必要性について若干の疑問を呈するに留まる<sup>(125)</sup>。これに対して、パテルノストロの意見書は、以下のとおり、比較的詳細であった。

### 2. パテルノストロの意見書

パテルノストロは、イタリア人でパレルモ大学の憲法・国際法の教授であり、明治22年に司法省法律顧問として来日した。その意見書<sup>(126)</sup>は、既得権論を支持する立場から草案の修正を提案するものであった。予め指摘しておくべきは、その意見が法の時間的効力に関するその後の立法実務を先取りしていたものとして注目されることである。

草案2条については、「法律ハ既得ノ私権ヲ害シ遡及力ヲ有スルヲ得ス」と規定すべきで、不遡及原則とは既得権の不可侵である旨を明確にすべきであると提案をした。もっとも、パテルノストロは、既得権を「旧法の定規に依り完全のものと為りたる権利」と定義する

第十五条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス

第十六条 身分又ハ能力ヲ規定スル法律ヲ免カルル合意又ハ行為ハ無効トス

第十七条 判事ハ法律ニ不明、不備又ハ欠缺アルヲ口実トシテ裁判ヲ為スヲ拒絶スルコトヲ得ス

<sup>124</sup> 参照、川上・前掲書『日本国における国際私法の生成発展』30頁。

<sup>125</sup> 「カークード氏民法人事編（自第一条至第三十五条）ニ関スル意見」日本学術振興会『民法編纂ニ関スル諸意見並雑書 三』所収。そこでは、草案3条・4条の必要性に疑問が呈された。すなわち、「此両条は理論に於ては随分茲に掲置くべき理由あるが如し。然れども、実際に於ては其掲置くこと果して便宜なるや否やは甚だ疑はしきなり」。その理由については、各国の法典でも草案段階ではこうした規定が置かれていたが、制定された法律では削除されたという事情を挙げていた。

なお、カークード（William Montague Hammett Kirkwood, 1850-1926）は、イギリス人であり、明治18年から約16年間にわたり、司法省御雇外国人として主に立法事業に関わった。参照、手塚豊「司法省御雇外人カークード——続続・明治法制史料雑纂（三）」慶應義塾大学法学研究40巻3号（1967年）55-67頁。

<sup>126</sup> 「パテルノストロ氏民法草案（第一編）ニ関スル意見」日本学術振興会『民法編纂ニ関スル諸意見並雑書 二』所収。なお、パテルノストロについては、参照、森征一「司法省お雇いイタリア人アレッサンドロ・パテルノストロ来日の経緯」慶應義塾大学法学研究53巻12号（1980年）265-284頁。

ものの、旧法例法案に対する意見書であるためか、それ以上は既得権論を展開していない。既得権論に依りつつも、パテルノストロは、一つの法律により、今後制定されうる数多の法律の時間的適用関係を予め規律することは不可能であると考えたのである。この立場は、既得権の定義と例示である草案 5 条に対する意見にも現れている。すなわち、次のような理由から、「凡そ法典中に義解を掲ぐるは、殊に異議多き事項に関しては甚だ弊害あり」と批判したのであった。

「其関する所の事項は実に数多の適用を生ずべき所のものにして、旧法より新法に移るの時に当りては到底同一の論決を下す事能はざるものなり。〔例えば、〕同条に人の身分は既得権なりと云ひ、次ひで人の能力は既得権にあらずと云ふが如きは、原と明瞭なる法則を載すべき所の法典中、却て解釈の困難を存せしむるものなり」。しかも、大半の論者によれば、「人の身分及び能力に関する法律は、現に其法律に於て規定せられたる条件を具ふる人に直ちに適用するものにして、単に将来該条件を得べき者のみに適用すべきものにあらずと唱へ、此原則を論定したる。」

こうして、「要するに、第三条<sup>(127)</sup>、第四条、第五条及び第六条は、難問を断定せず、却て、此事項をして曖昧ならしむべし」という問題点が見出された。そこで、パテルノストロは、法例には既得権尊重の原則のみを規定するにとどめ、その具体化については「中間法」を制定して、「新法を以て旧法若くは慣習法を改正したる場合を論決すべきなり」と提案するのであった。

中間法とは、新法が制定された場合における新旧法の適用関係に関する規定を含むものであって、現在の日本法でいえば経過措置に相当する。つまり、既得権尊重の具体的あり方は、今後制定される新法の内容を踏まえて、新法が個別的に決めるべきと考えられたのである。そして、このような個別的処理を提案した理由としての次の指摘は、確かに、一面で真理を突いている。

「抑も、新法を頒布し、殊に他国の法律に模倣し法律を制定するに当りては、立法者、能く其国の事情を洞察斟酌したるときと雖ども、猶ほ、中間法は頗る困難なる部分なりとす。何となれば、中間法は既に定まりたる利益に関するものなればなり。」

「既に定まりたる利益」というのは、旧法下で生じた事柄のことであろう。つまり、あくまで特定の旧法から実際に生じた諸状況を前提として、それに新法を適用すべきか否か

<sup>127</sup> なお、パテルノストロは、草案 3 条について、「法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス」との部分是不要であるとの提案をした。草案の理由書では、私人の利益毀損に過ぎないならば公益目的の法律の適用は妨げられないというのが 3 条の趣旨であると説明されていたが、この点につき、法律によって私人の利益を害しうること自体を疑ったのである。「蓋し、立法者、既得権を尊重すべき事を宣言するは私益の爲め必要にして、且、大に公益に適せりとす。何となれば、法律の良美人民安寧の権利は公益の繁る所なればなり。然れども、此他総て立法者の規定する所は、衆人の利益の爲め公義を顕表するものと見做さるべく、立法者は決して其法典に各個人の利益を害するを得るやの疑すらも存する事あるべからず」。

を考えるより他はない、と指摘したのである。そうであるとする、法例の制定段階においては、法律は基本的に既得権を害して遡及するものではないとの原則を規定しさえすれば十分ということになろう。ただ、果たして、法律不遡及については個別立法の経過措置という形でしか議論の余地がなく、したがって立法政策に委ねざるを得ないのであろうか。この点について後に改めて検討することとし、ここでは一先ず措いておく<sup>128)</sup>。

パテルノストロの実際上の影響力は定かでない。だが、おそらく、こうした批判を受けて草案 3 条から 6 条は削除されたのではないかと思われる。一応の推測ではあるが、筋は立つであろう。

### 3. 小括

旧法例は、以上のとおりの経過を辿り、明治 23 年に制定された。いま一度確認したいのは、旧法例には、1 カ条のみであるが、不遡及原則を宣言する規定が置かれていたことである。これは、忘れてはならない法制史上の一大事実であろう。

しかしながら、明治 26 年 1 月 1 日に施行を予定していた旧法例は、法典論争の最中で施行延期となり、結局、全面的に修正されてしまう。そこで次に、旧法例の修正によって新たな法例が制定される過程での議論を辿ることとしよう。

---

<sup>128)</sup> 第二章第一節において、立法にあたって経過措置が常に十分に整備されてきたわけではないこと、また、経過措置が規定された場合であってもその解釈が問題となり得ることについて、検討する。

## 第二款 旧法例の修正——ドイツ法の影響

### 第一項 修正の経緯

明治 26 年には民商法や法例を修正するために法典調査会が設置されるが、そこでの審議に付すための旧法例の修正案を起草するために、穂積陳重と梅謙次郎が委員に任じられ、補助委員として山田三良が加わった。実際には、穂積陳重によって明治 30 年 1 月には法例修正案の原案が作成されたとのことである<sup>(129)</sup>。同年 11 月から法典調査会において審議された後、法例修正案は、明治 31 年 5 月に第 12 回帝国議会へと提出された。不平等条約の改正を控えていたことから審議は迅速になされ、同年 6 月 10 日に可決、6 月 21 日に公布、7 月 16 日に施行となった。そして、これと同時に、旧法例は廃止された。

新たな法例は旧法例の全面的修正を通じて制定されるに至るが、その規定内容としては、法の適用に関する通則へと純化され、抵触法（国際私法）に関する規定が大半を占めることになる。そして、旧法例に唯一置かれていた不遡及原則に関する 2 条規定も、削除されてしまう。そこには、ドイツ法の影響があったと思われる。

というのも、穂積陳重が法例修正案の原案を作成するにあたっては、西欧諸国の最新の立法、判例・学説などが広く参照されたが、その中で大きな比重を占めていたのは、少なくとも国際私法に関しては、ドイツ民法典のゲープハルト草案（総則編に関する草案であって国際私法の規定を含む）の第二草案（1887 年）であったと考えられている<sup>(130)</sup>。これが、当時において最新かつ最も進歩したものと見なされたためである。ゲープハルト草案中の国際私法に関する部分は、後に民法典からは切り離され、大きく修正された上で、1896 年（明治 29 年）にドイツ民法施行法（Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch）に編入された。

そして、法律の時間的効力に関しても、ドイツ民法施行法では、民法典の施行にともなう経過規定が民法典の個別条項ごとに極めて詳細かつ個別的に整備された。この点が、とても重要である。というのも、例えば、プロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten）（1794 年）には、「新しい法律は、すでに生じた行動および事件には適用することができない」（Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden）（序章 14 条）、という法律不遡及に関する原則規定が置かれていた<sup>(131)</sup>。だ

<sup>129</sup> 参照、川上・前掲書 71 頁。

<sup>130</sup> 参照、同上 75 頁。

<sup>131</sup> 条文の訳については、石部雅亮＝野田龍一「イエーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』(二)」法政研究 48 巻 2 号（1981 年）457 頁以下（特に、459 頁および注 19-21）を参考にした。

プロイセン一般ラント法は、序章において新法の効力に関する一般原則を規定するとともに、その公布状が時間的適用関係について個別的に整備した。

序章 14 条は、遡及立法の例外的許容性について触れていないが、草案（Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten）においては、序章 20 条が、「ランデスヘルのみが、公共の福利に属する有力な理由に基づいて、新しい法律をすでに生じた事件にも遡及させることができる。」と規定していた。ただし、不遡及原則には例外が認められている。すなわち、序章 15 条は、「しかし、立法者が

が、民法施行法には、こうした原則規定が置かれなかったのである。施行法の制定に際しては、不遡及原則は意義・内容について明確性を欠くこと、多様に解釈されてきたことが問題視された。そのため、個々の法律がその時間的作用の限界を定め、明文規定がない場合には立法者の意思を探求すべきとの立場が採られたのであった<sup>(132)</sup>。

旧法例 2 条の削除理由において、ドイツ民法施行法への明示的言及は一度しか見られない。だが、その際にも、おそらく、穂積陳重はドイツ法から影響を受けたものと思われる。

## 第二項 旧法例への批判と反論

### 1. 穂積八束の批判

旧法例が修正される以前にも、それが世に現れた時点で、既に、旧 2 条は批判された。理由は幾つかあるが、どの論者も、それが「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」という一般論のかつ簡潔な規定であることを批判した点では一致がみられる。

その中でも、最も強く批判したのは穂積八束であった。穂積によれば、旧 2 条は簡単すぎる規定であるため、字句をそのままに解釈するならば二重の意味で無意味なものとなっ

---

旧法律の解釈を必要とみなし、適切なる方法で公布する場合、この解釈は、今後裁判されるべき全ての法的事件において決定基準となる。」と規定した。

なお、その他には、旧法上の形式を欠くために無効であったはずの過去の行為であっても、訴訟提起の時点で新法の規定する形式が履行された場合には有効とする（序章 17 条）、また、旧法令において確定された刑罰の軽減は、新しい法律の公布時にいまだ刑の執行が行われていない犯罪者にも適用する（序章 18 条）と規定された。

<sup>132</sup> ドイツ民法施行法の制定経緯に関しては、参照、川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』（有信堂、1963 年）22-28 頁。そこでの経過規定の意義・特徴については、参照、Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., 1960, rééd., 2008, Dalloz, pp. 124-133. また、ドイツ民法施行法に関する文献としては、以下のものがある。Hermann HABICHT, *Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse*, Iéna, 2 ed, 1900 ; Alexander NIEDNER, *Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896*, Berlin, Heymann, 1899 ; SCHERER, *Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsch Reich*, Erlangen, 1899 ; Friedrich AFFOLTER, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Verlag von Veit und Comp., 1903（施行法については 203-413 頁）。

民法典の時間的適用範囲について、ドイツ民法施行法は、153～218 条において経過措置を規定した（153～169 条が総則、170～179 条が債権、180～197 条が物権、198～212 条が家族、213～217 条が相続について規定）。

一般規定はないものの、個々の規定をみるならば、概ね、民法の施行以前に形成された法的地位については覆されず、その有効性は旧法にしたがうとされたことが分かる。例えば、「民法典の施行前に生じた債権については、旧法にしたがう。」（170 条）、「民法典の施行の際に存する婚姻上の財産については、旧法にしたがう。」（200 条）、「相続関係については、民法典の施行前に被相続人が亡くなった場合、旧法にしたがう。」（213 条）。このように、民法典を遡及させないだけでなく、旧法上の地位の将来の効果についても旧法が適用されることを広く認めており、緩やかな移行の措置となった。このことは、民法典の制定前後における帝国内部の事情が影響したことであろう。

もちろん、個々の場合につき、例外的に民法典を適用すると規定されていることも多い。のみならず、財産法・家族法では民法典の適用が原則とされた（これにも例外はある）。例えば、「民法典の施行の際に存する占有については、施行の時から、191 条にかかわらず、民法典の規定を適用する。」（180 条）、「民法典の施行の際に存する所有権については、施行の時から、民法典の規定を適用する。」（181 条 1 項）、「夫婦間の個人的な法的関係、とくに相互の扶養義務は、民法典の施行の際に存する婚姻についてであっても、民法典の規定によって定まる。」（199 条）、「民法典の施行前に生まれた嫡出子と父母との法関係は、民法典の施行から、当該規定によって定まる。」（203 条）。



てしまうという問題があった。すなわち、第一に、「法律は発布の時より将来に向て効力ありと〔解する〕ときは、別に該条を設けたるの必要を見ざるなり。何となれば、已に其第1条に於て、『法律ハ公布アリタル日ヨリ満二十日ノ後之ヲ遵守スヘキモノトス』と規定するを以て、到底第2条は無用重複の規定たるを免れざるべし」<sup>(133)</sup>。また、第二に、「法律の効力は過去に成立する権利義務に及ばずとの意味に解せん乎、実際立法の結果を見るに、既得の権利義務と雖も、法律を以て変更することは往々遭遇する所なれば、到底不当の原則たるを免れざるべし」<sup>(134)</sup>。

第二点は、旧2条の規定を素直に読む限り、立法者を拘束する趣旨に解される可能性を排除しきれず、実際にもそうした見解を唱える者がいたことを念頭に置いての指摘である。法律不遡及が解釈原則であることを注解しなくては旧2条の意味が誤解され得ることに、欠陥が見出されたのであった。また、立法者の黙示的意思によって遡及を認めるべき場合もあり、その意味で、解釈原則たる法律不遡及も「絶対的に之を推測することを得」ないはずであるが、この点について「法文は不明瞭」であり、やはり「無用の原則」であると評された<sup>(135)</sup>。

こうしたことから、穂積八束は、「精細に注解するに非ずんば未だ以て法律の適用上に資すること能はず」、結局は「無用若しくは有害の規定」と批判したのであった<sup>(136)</sup>。

## 2. 織田萬の批判

旧法例2条がフランス法から大きく影響を受けて制定されたこと、それに対してドイツ学派の穂積八束<sup>(137)</sup>が強く批判したことは事実であり、そして、旧2条はドイツ法の影響下で削除されることになるのであるが、そうであっても、これらの日本国内の事情を、フランス学派とドイツ学派の対立として捉えることは正確ではない。フランス学派の論者、例えば磯部四郎<sup>(138)</sup>は、既得権論に疑問を呈していた。また、織田萬<sup>(139)</sup>も、旧2条を支持・擁護したわけではなかった<sup>(140)</sup>。

織田は、穂積八束と同じく、旧2条が「広闊に失するの恐れある仏伊等諸国の法典に倣

<sup>133</sup> 同旨の見解として、参照、仁保亀松「法律の効力を論ず」日本法政新誌10巻6号（明治39年）1頁以下、7号5頁以下。「法律の施行期限に関する通則を明定することに依りて、法律は公布の日より相当の日数を経て、若くは、早くとも公布の日より施行せらるべきことを示すに於ては、法律が公布前に遡りて拘束力を生じることなきを以て原則と為すことは自ら明白なればなり」（7号7頁）。

<sup>134</sup> 穂積八束『法例』（東京法学院、明治26年）27-28頁。

<sup>135</sup> 穂積八束「法例に対する意見」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』（大正2年）287-289（288頁）（初出、明治25年）。

<sup>136</sup> 穂積・前掲書『法例』21頁、35頁。

<sup>137</sup> 穂積八束は、明治17年にドイツへと留学した。

<sup>138</sup> 磯部四郎は、明治8年からパリ大学に留学した。

<sup>139</sup> 織田萬は、明治29年からフランスへと留学した。織田が旧法例を批判したのは明治29年であり、留学はその後であるが、東京帝国大学の在学時にフランス法を学んでいる。また、留学後も、見解は変わっていない（参照、織田萬『改訂法学通論』（有斐閣、大正6年）75頁）。

<sup>140</sup> その他にも、磯部四郎（明治8年からパリ大学に留学）は、既得権論に疑問を呈していた。

ひたるや余輩は理由を得るに苦むなり」と批判した<sup>(141)</sup>。というのも、不遡及原則には例外を認めざるを得ず、既得権を害さない場合や、法律の明文やその性質上遡及すべき場合には原則が及ばないことから、結局は、法律ごとに遡及効の有無を判定しなければならない。「然らば、<sup>（よき）</sup>故らに之を一箇の原則として法例中に掲げずとも、毫も不可なきものに似たり」<sup>(142)</sup>、ということになる。だが、旧 2 条は簡潔に原則を規定するだけで、例外があり得ることを明示的には予定していない。法律には絶対に遡及効がないかのように規定しているため、適当でない。こうしたことから、織田は、「我法例第 2 条は、恐らくは立法上の非難を免がれざるべし」と批判したのであった<sup>(143)</sup>。

穂積や織田のような批判は、当時、広く共有されており<sup>(144)</sup>、旧 2 条を法律の一規定として残すことを積極的に支持した日本人はいなかった。こうした日本人学者の態度に対して不満を露わにしたが、ボワソナードであった。

### 3. ボワソナードの反論

旧法例草案の起草者であるボワソナードは、当然ではあるが、旧法例 2 条を擁護した。そして、旧法例では草案の 3 条から 6 条が削除されてしまったことについて、不遡及原則の適用例やその制限が示されておらず、十分に精密な規定ではなくなってしまった、と批判した。「若し、法例を以て其制限を併せ定めたらんにば、学者の之を論ずる者又裁判官をして法律の解釈適用を容易にすることを得せしむ可かりしに、立法の方法此に出でざりしば、少く缺典なりと謂はざる可からず」<sup>(145)</sup>、というのである。

何とも興味深いことに、穂積八束や織田の批判とボワソナードの反論は、表面的には同じことに向けられていた。何れも、旧法例における不遡及原則が簡潔に過ぎることを槍玉に挙げたのである。そのため、一見すると、例外を明確にする必要性につき両者に相違はないかに思える。ボワソナードはそうした立場であり、実際、原則の適用例を明示する草案を作成していた。それらが削除された後に、例外の余地・範囲が明らかにされていないと批判されたのであるから、ボワソナードの不満は、一面ではもっともである。

ただ、日本人学者は、原則のみを強調すべきでないと批判したのではあるが、例外類型を予め法律によって規定するという方針も支持していなかった。織田が述べたように、例外を認めるべきかは個々の法律ごとに判断せざるを得ないと考えられた。また、先にも触れたが、法典編纂が進められた当時、法律に定義規定や例示的・説明的規定を置くことは望ましくないとされたのである。

勿論、ボワソナードがこうした日本人の態度を嘆いたことは、想像に難くない。「日本民

<sup>141</sup> 織田萬『法例』（東京専門学校、明治 29 年）32 頁。

<sup>142</sup> 同上 46 頁。

<sup>143</sup> 同上 48 頁。なお、本文引用の記述に関連して、織田もまた、法律不遡及を原則としては規定しなかったドイツ民法典の草案に言及している。

<sup>144</sup> 例えば、参照、榊原幾久若『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 34 年）37 頁、山口弘一『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 33 年）16 頁。

<sup>145</sup> ボワソナード・前掲『民法原理 法律不遡及論』（明治 28 年）22 頁。

法の編纂者は、法律の条規は或は浩瀚に失するあらんことを恐れ、草案中此条無用なり、彼条掲ぐるに及ばずとして、偏に削除するの癖ありしが如し。之を無用として削除を唱ふる者、必ず識者ならなん。然れども、法律は可成的種々の事項を判定し之を掲載して、以て一般に法律適用の便を得せしむるに如かず。〔中略〕加之のみならず、明文あるときは理論に奔ることなく法文に依拠して、以て着実に論究することを得て大に便宜なるべきに、之を掲げざるは惜て餘あり」<sup>(146)</sup> <sup>(147)</sup>。

### 第三項 穂積陳重の趣旨説明

学説によって批判されただけでなく、法律不遡及に関する旧法例 2 条は、旧法例の修正に際して削除されることになる。明治 30 年に開かれた法典調査会において穂積陳重は法例修正案の趣旨説明を行ったが、その中では、旧 2 条を削除すべき理由の説明もなされた。そこで、以下では、穂積の説明を手がかりにして、不遡及原則の実定法化への反対理由を明らかにしよう。それは、法典調査会の審議記録である『法例議事速記録』<sup>(148)</sup> という史料から知ることができる。

#### 1. 旧法例 2 条の規定は「無理なこと」

まず、旧 2 条を削除することは、穂積の強いイニシアティブによるものであったことが窺われる。

「〔旧法例 2 条の〕規定を削除致しますことは、一度私共より本会へ提出致しました。然るに、本

<sup>146</sup> 同上 66-67 頁。

<sup>147</sup> フランス民法典が市民に向けられたものであること、すなわち、市民が理解できるように簡潔・平易な文言があえて用いられたことについては、参照、金山直樹「言語と法——続・フランス革命と近代法の誕生」名古屋大学法政論集 186 号（2001 年）123-145 頁（特に 127 頁以下）。

なお、現在の日本法では、しばしば、解釈規定（法律の解釈適用の仕方に関する法律規定）が置かれることがある。それが立法技術として妥当なのか否かは一概には判断できないが、解釈規定に一定の意義があることは確かである。というのも、「いかに言語的表現に正確を期しても、なおかつ解釈上の紛れの余地が生ずることは、しばしばなので、それに備えて、こういう解釈規定を置くことも意味があるわけである」（林修三・吉国一郎・角田禮次郎『例解立法技術〔第二次全訂新版〕』（学陽書房、1983 年）21 頁）。

例えば、ある法律全体の解釈規定として、民法 2 条は「解釈の基準」を定めており、地方自治法 2 条 12 条も地方公共団体に関する法令規定の解釈・運用方針を定めている。また、破壊活動防止法 2 条やストーカー規制法 16 条のように、拡張的な解釈・適用を予め戒めるものもある。個々の条項についての解釈規定もある。行政事件訴訟法 9 条 2 項は、取消訴訟の原告適格の指標である「法律上の利益を有する者」（同条 1 項）につき、考慮要素を挙げる。また、行政調査権限を認める場合、それが犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならないと注意喚起されることは多い（独占禁止法 47 条 4 項など）。行政の権限との関連では、その他にも、解釈上の注意が明記されることがある（例えば、金融商品取引法 33 条の 7 の「解釈規定」など）。

<sup>148</sup> 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法資料叢書 26』（商事法務、1986 年）所収。以下の引用は、「法例議事速記録」2-4 頁。その他、旧法例の修正過程に関する二次資料としては、福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』（民法成立過程研究会、1956 年）。

会の決議に依り、削除しないと云ふことになりましたのであります。再び之を置きませぬのは、如何にも議決の趣旨に背くがの如くに見えるかも知れませぬが、私共はさう云ふ積りではないのであります。」

法典調査会が一度は削除提案を否決したのは、旧 2 条を残しておかないと遡及的な法律が制定されかねない、という懸念によるものであった。だが、穂積は、そこには不遡及原則の誤解があると指摘した。

「此『既往ニ遡ル効力ヲ有セス』と云ふ事柄を削ると云ふことを〔既に一度提案したが、法典調査会が〕否決せられました理由は、当時衆議院議員にして本会の委員たる御方が御兩名許り最も熱心に主張せられた、随分政府はさう云ふことをやり兼ねないとも言へぬ、と言ふやうな議論がありましたけれども、是は其時にも弁明致しましたが如く、固より立法上の規則〔注、憲法上の原則〕でないと云ふことは言ふを俟たぬことであります。或国では立法上の規則としてありますけれども、我邦に於ては是は立法上の規則ではないのでありますから、既往に遡る効力を有せぬと書くのも無理なことである。」

確かに、旧法例においても立法者を制限しようという意図はなく、不遡及原則は、遡及するとの明文規定がない場合における解釈原則に過ぎないものであった。公益目的の法律については、旧法例草案では、原則として遡及が許容されるとさえ規定されていた。だが、穂積は、「立法上の規則ではないのでありますから、既往に遡る効力を有せぬと書くのも無理なことである」と述べており、立法者を拘束する原則ではないことを、旧 2 条の削除理由の一つとしていた。

穂積が旧 2 条の規定を「無理なこと」と考えた背景には、法律それ自体によって法律の効力を制約することは不可能である、という前提があったと思われる。ただ、この点については当時においても議論の余地があり、全くの自明ではなかった<sup>149)</sup>。

<sup>149)</sup> 戦前においても、「法律及命令は、其法律及命令自身の条項を以て其法令に特殊の効力を付することを得るや否や」について、議論があった。例えば、貴族院令が、「将来此勅令ノ条項ヲ改正シ又ハ増補スルトキハ貴族院ノ議決ヲ経ベシ」として際に、果たして、貴族院は勅令であるにもかかわらず、この規定の故に、普通の勅令によっては改正し得ないのかが問われた。当時は、肯定説（憲法の規定に違反しない限り、法令相互の形式的効力を定めることは可能）が多数であったようである。

だが、岩田宙造「法令ノ効力ニ関スル疑義」法学新報 12 巻 6 号（明治 35 年）13-19 頁は、貴族院の地位を確立するためには当該規定が必要であることを認めつつも、肯定説を支持できないと解した。第一に、憲法には命令によって法律を変更できないとしか規定されていないが、確かに、県令による省令の変更、省令による勅令の変更ができないことは一般に認められており、その意味で、「予輩は、憲法の範囲内に於て法令の形式的効力に差異を付することを絶対に否認するものに非らず」。だが、そうした差異は、「其省令及勅令に之を禁ずる条項あるが為に然るに非ずして、県令及省令を発する機関の権限の差異に基くものなり」（14-15 頁）。また、第二に、「凡て法令の改正は、必ず以前の法令の明文に違ふものなり。若し、旧法令に違ふの故を以て新法令を無効とせば、法令の改廃なるものは永久行はるるの期なかるべし。〔中略〕故に、法令に特殊の効力を与へんと欲せば、単に其法令自身の規定を以て其目的を達す可らざるを知るに足るべし」（16 頁）。

また、衆議院議員選挙法（大正 14 年法律第 47 号）は、選挙区・議員数について別表で定めるととも

## 2. 旧2条の文言は「広きに失する」

次に、法律不遡及が解釈原則に過ぎないとしても、それとして法律で規定することも考えられなくはない。だが、穂積には、旧2条を削除すべき実質的な理由もあった。すなわち、「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」という文言が一般抽象的に過ぎる、というのである。

「此原案の如き規定でありますれば、例の如く余り広きに失しまして、到底実行することが出来ないのです。一般に法律と云ふものは既往に遡って効力を持たないものであると云ふことが定めてありますからして、もう学者の議論でも裁判例でも是は既往に遡って宜しいと云ふ事柄に付ても、総て例外を設けてあります。又、従来の弊害を除くとか或は刑罰を免除する<sup>150)</sup>とか云ふやうな既往に遡って効力を生ずるやうなことまでも、総て「既往ニ遡ル効力ヲ有セス」と書いてあるから、原案の如くではそれが出来ない。」

このように、穂積によれば、一般的に規定してしまうと、遡及すべき場合について細かな例外規定が必要になってしまい、あるいは、どんなに必要性・正当性があっても遡及させることが不可能になりかねず不都合が生じる、というのである。後者については、法律不遡及が解釈原則であることさえ知られば誤解の虞はなくなるであろうから、本質的な削除理由にはならない。

これに対して、前者のような批判、すなわち、不遡及原則の一般規定によって、明文規定がない限りは絶対的に不遡及であると解釈されてしまいかねないが、しかし、不遡及原則には当然に一定の例外があり得るという批判は、既述のとおり、旧法例が制定された当

---

に、「本表ハ10年間ハ之ヲ更正セス」と規定したが、大正8年の選挙法にも同様の規定があったにもかかわらず、10年を経たずに大正14年に改正された。

この点については、清宮四郎「違法の後法」『国家作用の理論』（有斐閣、1968年）75-99頁（初出、昭和9年）が、大正14年法は実質的には違法であると解した。すなわち、改正を制限した大正8年の選挙法は、「法律でありながら法律の変更規定を包有するもので、普通の法律と同じ段階にあり得ず、これより上位段階の規範と看做されねばならない……。それはいわば憲法補充的性質の法律である」（87頁）。したがって、大正14年法は「明白に違法の法であり、それが無効でなく有効に成立したものと見るとしても、抛るべき実定法上の条項はなく、前の法律を後の法律で合法的に変更することは法上は不可能なのである」（88頁）。とはいえ、事実の規範力（イエリネック）を持ち出し、結論としては、「問題の違法の後法は、それが違法の法なるに拘わらず、事実上定立され、しかも実定法としての要件を具備するが故に、法として成立しかつ存続するのである」（98頁）と解したのであった。

なお、清宮は「憲法補充的性質の法律」について述べているが、これは、明治期においても主張されることがあったようである。というのも、岩田は、上記論文の中で、「論者往々にして、曰く、貴族院令は衆議院選挙法等と共に所謂憲法附属の法令にして、其形式的効力は単に該令第13条の規定に因るにあらずして、其基く所憲法に在り云々」と指摘している。だが、岩田は、憲法規定の文言を根拠にして、こうした見解を斥けた。すなわち、明治憲法34条は、「貴族院ハ貴族院令ノ定ムル所ニ依リ皇族華族及勅任セラレタル議員ヲ以テ組織ス」と規定していた。然るに、「本条は、貴族院の組織は貴族院に関する命令を以て定めざるべからざることを規定すると同時に、之を組織する議員は皇族華族及び勅任せられたる議員の三種たるべきことを命ずるの外、貴族院令の効力に関しては何等言ふ所あるにあらず」。そのため、貴族院令は、その形式的効力については普通の命令と同じ位置づけである、と解された（16-17頁）。

<sup>150)</sup> なお、個別的な刑罰の免除については、明治22年に恩赦法が制定されている。

初から学説によって唱えられていた。つまり、例外の可能性に何ら触れていない点で、旧2条は一般的に過ぎると批判されたのであった。この点、穂積は、一步進めて、例外の可能性を明示しておくことも無意味であると明言した。

「然らば、之〔注、旧法例2条の規定〕に制限を加へて、但、其法律の性質上遡るべきもの又は明文上遡らせるものは此限に在らず、と云ふやうな事を書きますと、誠に意義も何もない法律になって、遡るべきものは遡り、遡るべからざるものは遡らず、と云ふことになって仕舞ひますから、どうもさう云ふ風を書くことは出来ない。」

### 3. 一般的規定は「無用」

では、果たして、原則とともに例外を合わせて規定することは、穂積が言うように「意義も何もない法律」になってしまうのであろうか。

繰り返しになるが、不遡及原則を規定することは、裁判官や行政機関に対しては解釈原則としての意義があり得る。穂積としては、原則と例外をともに規定するのであれば、「遡るべきものは遡り、遡るべからざるものは遡らず」ということになってしまい無意味であると解したが、ある法律を遡及させるべきか否かは常に明確ではないであろう。そうすると、時間的適用範囲が不明確な場合について、原則として不遡及であると解釈するよう命じること、また、どのような場合に遡及するものと解釈すべきかを明記することにも、なお意味があるのではないだろうか。

実は、穂積も、解釈原則としての意義があり得ることを認めていたと思われる。しかし、それでも、原則と例外を一般的に規定することは、もはや「無用」とであると解された。その理由を述べる一節は、極めて重要である。

「併し、一般の疑はしい場合の如きはどう適用して宜しいかと云ふことに付ては、往々既往に遡るべきものと遡るべからざるものとの間に疑ひを生ずることがあり得るのでございます。それは現行刑法にもありまするし、定めて改正になりまする刑法にもありませうが、刑法の如きものは、先づ遡らないものに、遡って刑罰を適用すると云ふことはいかぬ。又、刑法に特別の明文があります。公法上の事に付て之が當ては却て不都合であります。民法等に関しましては、既に施行法の中に遡るべきものと遡るべからざるものを書き、其遡るべき場合には<sup>(151)</sup> 遡る程度等を詳しく示してあります。此處に斯う云ふ一般に汎くして實際行ふべからざる原則を置くと云ふことは、無用なことであらうと、斯ふ思ひまして、法律適用の総則中に一般規定、廣い規定を置くと云ふことを止めました。」

このように、穂積は、「既往に遡るべきものと遡るべからざるものとの間に疑ひを生ずることがあり得る」ことを認めている。そうである以上、明言してはいないが、不遡及原則

<sup>151</sup> 原文では、「其遡るべきも合には」（同上4頁）とあるが、誤植であると思われる。

の規定が有用であり得ることも認めていたはずであると思われる。何れにしても、穂積は、旧法例 2 条のような一般的規定があらゆる場合において「無用」と考えたのではない。「無用」であるというのは、旧法例の修正作業が進められていた当時（明治 30 年）、既に、それぞれの法分野において時間的適用関係が個別的に整備されるようになっていた立法動向を踏まえた上での判断なのであった。

現に、上記引用のとおり、刑法においては遡及処罰の禁止が原則であり、明治 13 年の旧刑法が「法律ハ領布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」と規定していた。民法に関しては、民法施行法の制定が進められており、民法の適用関係はそこで詳細に規定される予定となっていた。こうした状況を踏まえて、穂積は、今さら、法律不遡及の一般的規定を置くべき必要性はないと判断したのである。つまり、旧法例 2 条が「無用」であるのは、次のような意味においてなのであった。

「特に此原則を掲げるの必要があります場合は、必ず之に関しまする規定が設けられるのでありますから、之をなくして仕舞ったと云ふではありませんぬ。」

要するに、穂積によれば、遡及すべきか否かは、必要に応じて個別法において規定すればよく、実際の立法においても個別的に規定されているのであるから、今後も、そのように規定されるはずなのであった。つまり、一般的規定を設けることが不要だけであり、法律不遡及が原則であることに変わりはないのであった。

そうすると、個別法が規定しなかった場合、どうなるのであろうか。なおも原則が妥当し、不遡及であると解釈されるのであろうか。だが、「公法上の事に付て〔不遡及原則〕が当っては却て不都合」であることから、公法に関しては、個別規定がなくても遡及が認められるのであろうか。ここでは問題を指摘するにとどめ、これらの点については、第二章においてそれぞれ検討する。

## 第一節のまとめ

旧法例 2 条を削除することにつき、法典調査会において異論を述べる委員はいなかった。削除を反映した法案が作成され、明治 31 年（1898 年）に帝国議会に提出された。その際には、議員への趣旨説明のためとして、『法例修正案参考書』<sup>152)</sup> が作成された。これは、起草の補助委員であった山田三良の手によるものであると、山田が自ら回顧している<sup>153)</sup>。

『参考書』では、冒頭で、法律不遡及の規定を削除した理由が説明されている。法典調査会での穂積の趣旨説明に何かを付け加えるものではないが、より整理されており、しかも、不遡及原則について、いわば明治期の立法者意思を示しているとも評し得る。そこで、以下、旧 2 条関連の部分を用いておこう（適宜、改行した）。

「法律は既往に遡る効力を有せずとは、法律の時に關する効力を定むる萬世不易の一大原則として古來諸国の法典に認められたる規定にして、近世に至るまでは往々之を立法上の原則とし、立法者は既往に遡る法律を制定すること能はずとするものありしも、若し、之を立法上即ち憲法上の原則とするときは、立法者は既往の弊害を除去し、既往の犯罪を免除する等、國家の必要に應じて法律を改正すること能はざるに至るが故に、近世に於ては之を法律適用上の原則たるに過ぎずとするに至れり。

然るに、之を法律適用上の原則とするも尚ほ広汎に失するが故に、此規定を掲げたる諸國に於ける學說及び裁判例は、實際上の必要より解釈を以て其意義を制限し、此規定は既往に遡りて既得權を害すべからざることを意味するに過ぎずして、既得權を害せざる法律の既往に遡る効力を有す、特に訴訟手續及び身分能力に關する法律は既往に遡る効力を有すべき必要を認めざるはなし。故に、此原則を掲ぐる近來の法典は其意義を制限して、『法律は既得の權利及び既遂の行為に其効力を及すことなし』と明言し、或は尚ほ其広きに失するを慮かり、『法律の明文若くは其目的に従ひ反對の規定あるときは此限に在らず』との但書を附加するに至れり。

然るに、法律の明文上若くは性質上より既往に遡るべきものの外は既往に遡る効力を有せずと規定するが如きは、既往に遡るべきものは遡り、遡るべからざるものは遡らず、と云ふに等しく、到底之を一般原則として法文に掲ぐるの理由無きものと謂ふべし。故に、獨逸民法編纂委員の如きは、此原則を全く無用なりとし、之を民法の總則に掲げざることに決議せり。

法律不遡及の原則は諸國の立法上及び學說上に於て斯の如き沿革を有するにも拘はらず、既成法例第二條に於て、最も広汎なる体裁を以て何等の除外例をも設けず、單に法律は既往に遡る効力を有せずと規定せるは、尤も、其理由を缺くものと謂はざるべからず。

之を要するに、法律の時に關する効力は、其法律の性質に依りて定まるべきものにして、或は既

<sup>152)</sup> 『法例修正案参考書』（法例質疑會、1898 年）。法律不遡及に關しては 2-3 頁を参照。なお、穂積は、法例修正案の提案理由を帝國議会において自ら説明している（第 12 回帝國議会衆議院議事速記録 3 号、明治 31 年 5 月 22 日官報号外 18 頁以下）。

<sup>153)</sup> 山田三良『回顧録』（非売品、1957 年發行）34-36 頁。



往に遡るべきものあり、或は既往に遡るべからざるものあり。故に、之に関して一定の通則を掲ぐるは、却て法律の適用を誤らしむるの危険あるを免がれずして、特に此原則を掲ぐる必要ある場合に於ては、或立法者は必らず之に関する規定を設くることを怠らず、刑法に関しては、其第三条に於て法律は領布以前の犯罪に及すことを得ずと明言し、民法及び商法に関しては、既往に遡るべきものと然らざるものとを民法及び商法の施行法中に規定せり。

従って、本案は、特リ〔ママ〕法例中に法律不遡及の原則を一般の通則として掲ぐる必要を見ざるのみならず、之を掲ぐるは却て危険なるが故に、之を削除することとせり。」

ところで、法例の制定過程において不遡及原則は自明とされていたが、むしろ自明とみなされたが故に、その意義が問われることも明らかにされることもなかった。この点については、次節で、学説を検討することとしよう。

## 第二節 戦前学説の変遷

本節では、法律の時間的効力に関する明治から昭和（戦前）までの学説を辿る。まず、予め、そこで共有されてきた問題の所在を明確にしておくことは有益であろう。この点、磯部四郎の指摘は、簡潔ながら的確である。

「凡そ人事は一日毎に終りを告ぐるものなれば既往と将来とを区別するの必要なしと雖も、多くは今日に始まりし事柄は十日二十日を要し又一年二年若くは数年に継続す。而して、此時間に原因結果の関係の有するを以て従て既往将来の区別を為さざる可らず。茲に於て、其行為の半ばにして未だ継続する間に新法の公布あるときは、其行為は新法により支配せらるるや又は旧法により支配せらるるやを定ざる可らず。」<sup>(154)</sup>

そして、「新法に従ふものと区別するの標準」として既得権論に依拠する見解についても、磯部は問題を指摘する。すなわち、かかる見解によれば、不遡及原則とは既得の権利を侵害し得ないこと、となるが、「是れ却て既往に遡らずとの原則よりは一層困難なる問題なり。去れば、一の困難なる間に答ふるに一層困難なる問題を以てせるに外ならず」<sup>(155)</sup>。既得権論はフランス法の古典的理論であり、旧法例草案が採り入れていたものでもあり、また、これから見てくるとおり、日本でも多くの学説がこれに倣うことになる。早くから既得権論の問題性が意識されていたこと、しかもフランス学派の学者が指摘していたことは、興味深い。実際、既得権をめぐる、日本の学説も変容していくのである。

では、こうした理論的関心は、どのような現実的課題に基づいていたのであろうか。実際のところ、日本で法律の不遡及原則が論じられるようになった現実的背景は何であったのか、そもそも問題が生じていたのかは、明らかでない。来たるべき民商法の施行を見据えて、その適用範囲を明らかにする必要はあったであろうが、施行が延期となり、しかも民法の内容について一大論争が巻き起こっている状況では、民法の適用範囲を論じるための素地ができていなかったはずである。

明治になり、近代的な法制度を整備するにともない旧制度が廃止されていったが、その際には、確かに、過去の権利義務を遡及的に無効とする立法例もみられた。例えば、人身売買や終身・年季による奉公を禁止するにあたっては、その禁止とともに、「娼妓芸妓等年季奉公人一切解放可致右ニ付テノ賃借訴訟総テ不取上候事」とも規定された（明治5年10月2日太政官布告第295号）<sup>(156)</sup>。これは、過去に締結されたいわば人身賃貸借契約を一切無効と

<sup>154</sup> 磯部四郎『法例釈義』（明26年）7-8頁。

<sup>155</sup> 同上9頁。

<sup>156</sup> 法令全書（明治5年）200-201頁。

しており、明文の遡及規定である。また、人身を担保とすることも禁止されたが、その際には、「金銭貸借ニ付引当物ト致候ハ売買又ハ譲渡ニ可相成物件ニ限り候ハ勿論ニ候處地方ニ寄り間ニハ人身ヲ書入致候者モ有之哉ノ趣右ハ嚴禁ニ候条此旨布告候事」と規定された（明治8年8月14日太政官布告第128号）<sup>157)</sup>。これは、新法に抵触する過去の金銭貸借契約をも無効とするはずのものであるため、明示的ではないが、遡及規定であったと解される<sup>158)</sup>。

だが、学説において、具体的な立法例を明示した上での議論は全く見られず、実際的な解釈問題が論じられることはなかった。つまり、法の時間的効力を論じることは主に理論的関心に基づいており、外国法学説の摂取と普及を主目的としていたように思われるのである。実際、言うまでもなく、戦前においては多くの論者が外国法の受容を通じて議論を展開していた。法律の時間的効力の問題について日本人で最初に論じたのは、おそらく、飯田慶三郎であったと思われるが、明治19年に公表されたその論文<sup>159)</sup>では、ローマ法、プロイセン一般ラント法、フランス民法典、オーストリア民法典、ベルギー民法典、イタリア民法典が参照されていた。フランス法の影響が強かった時期の論文であるため、フランス法が大きな比重を占めていたことは言うまでもない。フランス法への関心の高さについては、不遡及原則についての記述を有するフランス法の訳書<sup>160)</sup>が幾つか公刊されていることから窺われる。

そうした中で、旧法例が、少なくとも法律不遡及に関してはフランス民法典とその古典学説を受容するものであったことが決定的となり、旧法例の制定（明治23年）からその修正（明治31年）までの間は、フランス法の圧倒的な影響の下で不遡及原則が論じられた（**第一款——旧法例2条の註釈学説**）。しかし、新法例の制定においてはドイツ法の影響が強くなり、学説も、ドイツ法を参照するようになった。それに伴い、不遡及原則についても学説の理解には変化が生じることとなった（**第二款——学説の変容**）。

本節では、日本において不遡及原則がどのように摂取されたのか、という観点から、戦前学説を辿ることとする。摂取のあり方には変遷があり、そのため当然に、日本における原則の定着にも変遷がみられる。そのため、内容的には外国法学説の輸入に過ぎないことが多いとしても、戦前の学説状況を明らかにする意義はあるものと思われる。

<sup>157)</sup> 法令全書（明治8年）159-160頁。

<sup>158)</sup> 人身売買の禁止に関する立法例は幾つかの論者が指摘するものであるが、例えば、織田萬『法例』（東京専門学校、明治29年）46-47頁。織田は、明治8年布告について、「法律の性質として既往に遡る効力あるものの好適例たり」と述べている。

<sup>159)</sup> 飯田慶三郎「時ニ関スル法律ノ効果ヲ論ス」法学協会雑誌30号（明治19年）15-30頁。

<sup>160)</sup> ビコー（山崎直胤訳）『仏国民法註釈 第一冊』（博聞社、明治8年）、ムールロン（谷井元次郎訳）『仏国民法覆義第1帙・第1巻』（司法省、明治10年）、ベリーム（井上正一・高木豊三訳）『仏国法理論』（司法省、明治16年）（原書は1843年）675頁以下、ペ・ナミュール（訳者不明）『法学通論』（時習社、明治18年）（原書は1875年）89頁以下。後者は、ベルギーのリエージュ大学教授による著書（« Cours d'encyclopédie du droit. Introduction générale à l'étude du droit », Bruxelles, 1875）の翻訳である。

## 第一款 旧法例 2 条の註釈学説

明治 23 年に旧法例が公布されると、法律学校での講義録として、『法例』と題する文献<sup>161)</sup>が数多く著された。そして、旧法例 2 条に法律の不遡及原則が規定されたことから、1 条が規定する法律の公布および施行時期の問題とあわせて、『法例』には、必ず、1 条および 2 条を対象にして、“法律の時に關する効力”といった項目が置かれた。以下では、不遡及原則の根拠と内容につき、学説を整理・分析することとしよう。

### 第一項 不遡及原則の根拠

#### 1. 法律の性質

不遡及原則の根拠は、第一に、法律の性質に関わる。法律が人の行為に対する規律であることから、不遡及原則が導かれるのである。すなわち、「法律なるものは吾人行為の規則にして、其性質上、或は命令し或は禁止し或は許容するものなるが、将来の事実に関すればこそ之を命じ之を禁じ將た之を許すことを得れども、既往の事実に至りては焉んぞ之を命令し禁止し許容することを得んや。未だ為さざることは法律に従ふことを得べしと雖も、已に為したることは最早如何ともするに由なし。故に、法律の性質より見るも、法律はその効力を既往に及す可からざること明かなり」<sup>162)</sup>。

こうして、たとえ法律が過去について規律したとしても、既遂のことをやり直すというのは現実的に不可能であるため、論理的には、法律に遡及効を觀念することはできないと帰結される。もし、行為規範である法律に遡及効があるならば、「法律の未だ存立せざるに

<sup>161)</sup> ここに、以下で参照する『法例』の文献を、一括して掲げておく（五十音順）。秋月左都夫『法例』（和仏法科学校、明治 27 年）、磯部四郎『法例釈義』（明 26 年）（これには、復刻版として、『民法釈義』日本立法資料全集（信山社、1997 年）別巻 90（民法（明治 23 年）釈義）がある）、織田萬『法例』（東京専門学校、明治 29 年）（日本法律学校での同年の講義録もある）、榊原幾久若『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 34 年）、岸本辰雄『法例正義』（明治法律学校講法会内新法註釈会、明治 24 年）（これには、復刻版として、日本立法資料全集（信山社、1996 年）別巻 64 がある）、同『法例講義〔第 4 版〕』（明治法律学校講法会、明治 32 年）、児玉錦平『法学通論・法例講義』（明治法律学校、明治 27 年）、坪谷善四郎『日本民法注釈第 1 巻 法例・人事篇』（博文館、明治 24 年）、中山正一郎『日本民法問答正解 法例・人事編之部』（図書出版会社、明治 23 年）、堀田正忠『法例釈義』（明治 23 年）、穂積八束『法例』（東京法学院、明治 26 年）、丸尾昌雄『法例』（東京専門学校、明治 32 年）、山口弘一『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 33 年）、両角彦六『法例』（専修学校、明治 27 年）。

法例は一つの法律として制定されたが、旧民法の人事篇に先立つ冒頭部分に「前加条目」と題して置かれていたものが独立したという経緯があり、旧法例の段階では旧民法と一体的に位置づけられていた。そのため、坪谷や中山の著述のように、旧民法の註釈書では、最初に旧法例が解説されている場合がある。新民法の概説書でも、民法の時に關する効力を説明するものもある（例えば、鈴木英太郎・瀬田忠三郎『民法総則』（東京専門学校、明治 29 年）81-89 頁）が、条文で規定されていないために説明をしない文献も多い。何れにしても、以下において、民法関連の文献は原則として参照しない。

<sup>162)</sup> 両角・前掲書 25 頁。飯田・前掲「時ニ關スル法律ノ効果ヲ論ス」18 頁も、「命令、禁止、認許は、皆な未來の事に係らざるはなし。過去の所爲に對し命令、禁止、認許を為すを得べからざるや豈に解し易きの道理ならずや」と述べている。

既に遵由の義務ある」<sup>(163)</sup>、「制定せられぬ公布あらざる前に其効を生ずる」<sup>(164)</sup> ことになってしまう。しかし、「法律ありて民衆に始めて之れに服従するの義務を生ずるものなれば、未だ人界に現出せざる法律は人をして之れに服従せしむるを得ず」といわざるを得ない<sup>(165)</sup>。

そして、法律が公布後においてしか効力を持ちえないことは旧法例 1 条<sup>(166)</sup> が規定するところであるから、法律の性質論によって不遡及原則を根拠づける限り、それは 1 条の当然の帰結ということになる<sup>(167)</sup>。

## 2. 法的安定性

第二の根拠として、学説は、法生活の安定性を挙げる。すなわち、「昨日旧法の下に得たる吾人の権利が今日新法の為に忽ちにして剥奪せられ、昨日旧法の罰せざる所為を行ふたるに今日新法にて之を罰せしむるとせば、吾人は一日として生命財産の安全を得ること能はざる可きなり」<sup>(168)</sup>。新法によって法生活の安定が害されてしまうならば、「人民其の堵に安せず、国家常に擾乱して」しまう<sup>(169)</sup>。

では、なぜ法的安定性が必要とされるのであろうか。この点については、法律の目的ないし存在意義が関係してくる。法律は権利利益の保護をその目的としていると解され、そのために、既に認められた権利利益を害すべきではないという意味での安定性が導かれるのである。すなわち、「法律の目的は権利を保護するにあり。権利を保護するは即ち社会を維持する所以にして、苟も権利の保護なきが生命財産の安全は得て望む可からず、社会は一日として持続する能はざる可し」<sup>(170)</sup>。「畢竟、法律を制定するの目的は、社会の秩序安寧を保ち、民衆の幸福利益を増進せしむるにあり。乃はち、各人の生命、身体、財産、名誉、自由等の安固を得せしめんと欲するにあり。然るに、若し法律をして其の制定せられたる以前にまで遡りて其の効力を及ぼさしむることあらんには、全たく其の目的に反して民衆の幸福利益を侵害し、或は社会の秩序安寧をも傷つくるに至ることあるべきなり」<sup>(171)</sup>。

## 3. 法律に対する信頼

第一と第二の根拠づけは、論者がほぼ一致して指摘するものであったのに対して、第三の指摘をする者は限られている。私人の主観に着目するこの説は、第一と第二の根拠を別

<sup>163</sup> 織田・前掲書 25 頁。

<sup>164</sup> 中山・前掲書 8 頁。

<sup>165</sup> 堀田・前掲書 58-59 頁。

<sup>166</sup> 「法律ハ公布アリタル日ヨリ満二十日ノ後ハ之ヲ遵守ス可キモノトス但法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス」。

<sup>167</sup> 秋月・前掲書 10 頁。

<sup>168</sup> 両角・前掲書 25 頁。

<sup>169</sup> 織田・前掲書 25 頁。同旨、飯田・前掲 16-17 頁（「苟も法律にして既往の事を規定することを許したるときは、国民は其拠る所を知らず、昨日相当の所為も今日罪犯として罰せらるるやを知らず、今日得たる権利も明日は徒有に属するやを計るべからず。若し然らん乎、人民の財産を転覆し、其自由と生命とを傷ひ、国民の安寧を害するに至るべし。」）。

<sup>170</sup> 両角・前掲書 28 頁。

<sup>171</sup> 坪谷・前掲書 14 頁。

の観点から捉えたものと言うことができる。すなわち、「法律にして其効力を既往に及さんが、今日正当の所為と信じて行ふ所も明日は忽ち無効となり、今日得たる所の権利も何時消滅するや知る可らず。果して、然らば何人も安じて法律行為をなす者なかる可く、此に於てか法律の威信は全く地に墜つべし。蓋し、吾人が行為をなすに方り正否の標準となす可きものは法律なるに拘はらず、此法律に鞏固なる標準力なしとせば、吾人は何物に依頼して生活すべきか。故に、法律をして既往に遡らしむるは固より能はざる所に非ずと雖も、社会の公益より打算すれば既往に遡らしめざるを宜しとす」<sup>(172)</sup>。

ここでは、法生活には確固とした規準が必要であるため、「法律の威信」、その「標準力」を確保することが公益に適うとされる。現在の規準が後になって遡及的に覆る虞があるとすれば、そうした不確実な規準には誰も従おうとはせず、もはや規準として機能しなくなってしまう。第一の根拠のように法律の行為規範性に着目する場合、法律が規準であることを人々が受け入れていなければならない。そして、法律に対する信頼を維持する上で遡及立法は望ましくない、というのである。

ただ、信頼確保のためには、現在の規準の確定性だけでは不十分かもしれない。信頼というものは、瞬間的に生まれては消えるのではなく、一定の対象についての未来志向的な心理状態であるから、信頼を得るためには、その対象の状態が将来的にも維持されることの見通しが不可欠である。だが、法律は永久不変ではない。そこで、信頼に着目する立場からは、次のように考えられるのであった。すなわち、「人民をして現在の法律を信用せしむるは緊要の事にして、別段言ふを待たざる所なり。然れども、法律は社会の事情と相雁行する者なるが故に、法律が一たび制定せらるるときは数千年の後までも其効力を保有すべしとは何人も信ぜざる所なるべしと雖も、法律が施行力を有する間は其効力を漫りに動揺するが如きは世上の信用を害する甚しきが故に、権利取得の行為をなしたるときは、此法律行為は将来に於ても其効力を担保せらるることは世人の普ねく望む所にして、此希望に副ふことは公益上最も緊要なりとす」<sup>(173)</sup>。

こうして、法律が「信用」に値するには、それに依拠して行為をした当時において有効であった法律が、少なくとも当該行為との関係では有効であり続けることが不可欠であると説かれた。これは、結論としては法生活の安定性に連なる根拠づけであろう。

## 第二項 不遡及原則と既得権論

不遡及原則は立法者を拘束するものではなく、法律の解釈原則ないしは適用上の原則に過ぎないことは法例の制定過程から明らかであるが、学説も、同じく理解した<sup>(174)</sup>。では、

<sup>172</sup> 山口・前掲書 15-16 頁。

<sup>173</sup> 山口・前掲書 21 頁。

<sup>174</sup> ただ、日本において、立法者を拘束しないことの理由に憲法で規定されていないという形式論を説いた論者は、意外と少ない（例えば、秋月・前掲書 14-15 頁、坪谷・前掲書 17-18 頁）。むしろ、実質的な理由から、より積極的に、遡及立法の制定も立法権に含まれるのであって、それを禁止するならば「立法

こうした意味での法律不遡及は、どのような状況において問題となり得るのであろうか。学説において日本で実際に制定された法律の実際的な解釈問題が取り上げられることは殆どなく、理論的な次元での議論にとどまるものの、一定の共通理解が成立していた。

すなわち、新旧法律の時間的適用関係について、「立法者は往々自ら此難問を裁断するがために特別の規定を為すことなきに非ず。所謂経過法 (Lois transitoires) 是なり。然れども、若し立法者が此経過問題を決せずして之を暗黙に附するとき」<sup>(175)</sup>、初めて問題が生じるのである。そして、最も議論となるのは、原則によって禁じられるところの遡及とは何かであるが、この点につき、学説は一致して、「既得権傷害の有無を以て標準」とした。つまり、不遡及原則とは既得権の不可侵ということであり、逆にいえば、既得権を害することのみが遡及であるとされたのである。

既得権の定義についても、表現の細かな相違は別として、学説にほぼ一致がみられた。例えば、織田によれば、「既得の権利とは、……個人が享受する所の利益が既に資産の一部分を成し、相手方又は第三者の行為を以て消滅すること能はざるものを謂ふ。例之売買、贈与、相続、遺贈等、凡そ法律上の正当の権原に因りて取得せる財産上の権利の如きは、皆既得の権利にして單純の利益に非ず」。ただ、既得権の概念は疑いなく外国法学説の摂取ではあるものの<sup>(176)</sup>、日本語で定義されるに際しては、どの要素に重きを置くのかに相違がみられた。一方で、正当かつ特別の取得名義ないしは取得原因に基づく権利であるとされ、他方で、資産を成すに至り第三者をして奪うことのできない権利であるとされたのである。

---

権を剥奪し若くは之を制限するもの」であって不当であると説かれた (例えば、両角・前掲書 26 頁)。

遡及立法が立法権に含まれることについては、織田がその理由を述べている。「立法者は、勿論、国家の須要に応じ社会の利益に従ひて既往に遡るべき法律を制定發布し得ざるべからず。是れ立法者の当然の権能に出づるのみならず。又実に其任務なりと謂ふべし」。例えば、「旧来の弊害を釐革し、既往の犯罪を免除し、昔日の苛税を軽減するか如き国家必要の行為多からずとせず」。実際にも、「法律の明文又は法律の性質」による遡及立法は極めて多い。「蓋し、人間社会の事物は変遷窮まりなく、一法一令能く幾千百年の状態を包括する能はず。立法者は、須らく、時に応じて法律制度の缺漏を裨直し、誤謬を矯正して、国家の目的を達すべし。夫れ、立法者が既往に遡る法律を制定し得ること此の如し」(織田・前掲書 27 頁、29 頁、44 頁、47 頁)。同じく、同じく、岸本も、「国家の事情は変遷極まり無く、朝にして夕を計られず。然るに、如何なる場合に臨むも既往に効力を及ぼす可き法律を作ることを得ずと云はば、法律は治国の要具と為る無く、偶々以て国家の生存発達の要件を破壊するに過ぎざるのみ」と述べている (岸本・前掲書 22-23 頁)。

なお、学説においても立法過程においても、旧憲法で認められていた独立命令 (9 条) における遡及効の可否については全く議論されていない。だが、遡及立法が立法権に含まれるのであれば、独立命令についても同様であったと思われる。梅謙次郎『法典実施意見』(明法堂、明治 25 年) 14 頁以下では、民法は行政命令を束縛しないと説明されている。

<sup>175</sup> 織田・前掲書 33 頁。本文の以下での引用も、同頁。なお、飯田・前掲論文によれば、既得権とは、「一己人が法律上の所得原由、即ち、契約、売買、譲与等によりて得たる所の権利にして、他人の所為を以て犯すべからざるもの」であり、「各別なる既得の原由」によるものに限られる点で、「既有権」と区別される (19・20 頁)。

<sup>176</sup> 日本の論者が外国法学説に倣っていることは明らかであるものの、既得権論をそれ自体として紹介する文献は明治期には見当たらず、いかなる外国法文献が参照されたのかを正確に特定することはできない。なお、国際法上の問題 (領土の併合によって併合国の法制度が実施されることとなった場合における被併合国での従来の法関係に対する影響) に関してであるが、翻訳がある。デカム (安倍四郎訳) 「既得権ノ定義ヲ論ズ」法学協会雑誌 27 巻 8 号 (明治 42 年) 1274-1298 頁。

(177)。

これに対して、当時の法律によれば将来的に権利を得られることが期待されたとしても、それは本人の与り得ない事情や他人の行為によって失われ得るものであるため、既得権ではない（将来的な相続、所有権の時効取得への期待など）。国民一般が有する自由も、既得権ではない（道路通行権、営業の自由など）。なお、既得権を財産上の権利に限り、人の身分（成年、嫡出子・非嫡出子、婚姻、養子など）についてはこれを認めない見解があったが<sup>(178)</sup>、身分上の権利にも既得権を認める見解もみられた<sup>(179)</sup>。

<sup>177</sup> 前者は、穂積八束・前掲書 24-25 頁、岸本・前掲書 25 頁、山口・前掲書 19 頁、児玉・前掲書 14 頁。後者は、秋月・前掲書 10-11 頁、堀田・前掲書 63 頁、中山・前掲書 9-10 頁、坪谷・前掲書 15 頁。

<sup>178</sup> 山口・前掲書 41 頁。婚姻や養子縁組は、法律行為であるが権利を発生させないため、既得権ではないと解している。ただ、旧法にしたがって適法に婚姻が成立したにもかかわらず、例えば婚姻年齢を引き上げる新法によりその婚姻が無効になるとすると、「嫡出子は私生児と変し、婚姻は忽ち私通と為るに至らん」という不都合が生じる。そこで、既得権を財産上の権利に限定する論者（山口、織田など）は、既遂行為についても新法の効力を及ぼすべきではないと主張した。すなわち、新法施行前に実現した行為であって法律上も完結した（効力が生じきった）ものに対しては新法が効力を及ぼし得るべきではないが、そこから権利が生じるとは限らないので、これを「既遂の行為」と呼んで、既得権と同列に位置づけたのである（飯田・前掲論文 19 頁も、「法律は、既往に遡りて既遂の行為及び既得の権利に其効果を及ぼすことを得ず」と述べている）。

この見解は、オーストリア民法典 5 条が「法律は遡及的に作用することはなく、既遂の行為および既得の権利に対し、いかなる影響も及ぼすものではない（Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß）」と規定していることを参考としたものである。ただ、既遂行為論を支持するか否かは論者によって分かれており、否定的に立場が多かった。否定論者にあつては、既遂行為の概念を用いずに、単に、「旧法に依りて終了したる総ての法律上の関係は、新法を以て其効力を変更せず」、換言すれば、「法律上完全したる関係は、其行為の成立したる時の法に依りて之を判決すべし」（穂積八束・前掲書 33 頁）というような説明をするに留まった。

<sup>179</sup> 例えば、「国民分限、親族婚姻の関係より生じたる所の人権」であっても資産を組成するに至れば既得権となる（秋月・前掲書 10-11 頁）、あるいは、「国民分限親子の関係より生ず」権能は「身分上の権利」として既得権に含まれる（両角・前掲書 29-30 頁）。もっとも、両角は、そもそも「吾人の有する権能」は権利として保護されると解する立場をとっており、既得権論の理解が異なっている。



## 第二款 学説の変容

明治 31 年の法例において旧 2 条が削除されると、それ以降に著された『法例』では不遡及原則を論じる必要性がなくなり、これに触れるとしても、削除の理由として法例修正案参考書の該当箇所が引用されるだけになった<sup>(180)</sup>。そもそも、新法例の規定内容は大半が国際私法に関するものとなったため、『法例』の文献自体が少なくなり、法例という法律は『国際私法』の文献の中で扱われるようになった。

もちろん、法律の時間的効力に関する議論が不要になったわけではない。議論の場は、法学概論の教科書にあたる『法学通論』<sup>(181)</sup>という文献に引き継がれることになる。これは、『法例』が多く著されていた明治 20 年代までは若干存在していただけであったが<sup>(182)</sup>、明治 30 年以降になると多く著されるようになった文献である。本款では、この文献を主に取り上げ、学説において、旧法例 2 条の削除後には法律の不遡及原則がどのように論じるようになったのかを、整理・分析することとしよう。その際、学説史の観点から、明治 31 年（1898 年）から明治末（1912 年）と、大正から敗戦までとに時期を分けることとする（その理由は、以下の叙述によって明らかとなる）。

<sup>180</sup> 例えば、岸本辰雄『法例講義〔第 4 版〕』（明治法律学校講法会、明治 32 年）22 頁以下、丸尾昌雄『法例』（東京専門学校、明治 32 年）5-6 頁。

<sup>181</sup> 法学通論という名称の背景については、穂積陳重が次のように述べている。すなわち、「明治 7 年に今の東京帝国大学前々身なる東京開成学校に始めて専門の法律学科を置かれたときは、イギリス法律のみを教へたものであったが、其初年級に法律大意（General Outline）と云ふ講義があった。併し、之はまだ学科の名とはなつて居らなかった。明治 14 年に、余がドイツより帰朝し、東京大学の講師となった時に、ドイツ国では Enzyklopädie der Rechtswissenschaft と云ふ学科が有つて、法律学の大体を教へて居るが、我邦でも之を一つの学科として初学者に教授したいと云ふことを加藤総理に申出でたところが、早速採用せられて、『法学通論』と云ふ名称にしては如何と云はれたから、其説に従つて名称を定めたのである」（穂積陳重『続法窓夜話』（岩波書店、1936 年）139-140 頁）。

<sup>182</sup> 明示 20 年代の『法学通論』には、法律の時に關する効力について記述はあるものの、『法例』で述べられていたことと変わりはない。牧見馬太郎『法学通論』（博文館、明治 21 年）61-62 頁、手塚太郎『法学通論』（日本同盟法学会、明治 26 年）59-67 頁、窪田静太郎『法学通論』（明治 26 年）91-98 頁、磯谷幸次郎『法学通論』（日本法律学校編集部、1896 年）194-201 頁。

なお、日本の法律学の研究・教育のための日本人の手による法学概論の著作は、望まれていながら、明治 20 年頃まではあまり存在していなかったため、『法学通論』の出版は大いに歓迎されたようである。例えば、牧見馬太郎『法学通論』には、これが訳書ではなく欧米の諸学説を整理しており初学者のための良き入門書であるとの序文（斯波淳六郎）がある。また、手塚太郎『法学通論』の序文では、富井政章が次のように述べていた。「方今我国に行はるる法律の著書は多く民法商法其他一法典の解釈に過ぎず、法律一般の原理を説明し又其各論に入り公私法の原則綱要を論述したる法学通論の良教科書なきは、世人の普く遺憾とする所なり。学友法律学士手塚君の此著は、蓋し右欠漏を補ふの旨意に出でたるものにして、十分に其目的を達するを得たることは余輩の確信する所なり」。

## 第一項 明治31年から明治末の学説<sup>(183)</sup>

### 1. 変容の前兆

実は、旧法例が修正されてから直ぐの時期には、特に目を引く学説は少なく、概ね、『法例』で論じられていた内容と同じく、不遡及原則の内容は既得権の尊重として理解されたままであった。だが、変容の前兆は既に現れていた。

まず、僅かながら、既得権論への疑問が提起されるようになったことは、注目に値する。中島玉吉（京都帝国大学教授）は、既得権は保護されるべきであるとしても、では、「何故に、権利取得の希望は<sup>ほしいまま</sup>に之を侵奪することを得るや」、「私人の法律上の地位の安固を害するに至りては、<sup>おに</sup>豈に五十歩百歩の論に非ざらんや」と問うたのである。既得権であっても希望であっても、「重大なる理由なくして濫に事後法を発せば、私人の地位安固を缺き、社会の秩序を保持する能はざらん」ことに変わりはない。したがって、「法律不遡及の原則は立法者に関係なしとするは大なる誤なり。立法者と雖も、事後法を発するは大に之を慎まざるべからず」。

このように、既得権と期待との区別に対する批判は、その結果として、立法者も不遡及原則によって拘束されることを認めるものであった。そして、「必要已むを得ざる場合」に限り遡及立法は許容される、と解されたのである<sup>(184)</sup>。

また、遡及の意味についても、興味深い指摘がみられるようになった。この点は、中島玉吉が次のように述べている。「事後法は過去を命令すと解せば、其不能たるや論なけん。然れども、過去の行為を命ずるものに非ずして、過去の行為の効力を変するものとせば、決して不能に非ざるなり。凡そ行為の効力は法律の力に依りて定まる、国家は万能なり、立法者は欲して能はざるなし、唯其能はざるものは事実の変更にあり。故に、固化の事実を変するは固より不能に属すと雖も、其効力を変するに於ては決して不能に非ざるなり」<sup>(185)</sup>。

ここで明示的に参照されていないが、遡及の意味をこのように理解したのはサヴィニーであり、その学説を採り入れたものと思われる。実際、法の時間的効力に関してサヴィニ

<sup>183</sup> 明治31年から明治末までの『法学通論』であって本稿筆者が参照したものは、次のとおりである（出版年順）。熊谷直太『法律汎論』（博文館、明治31年）117-123頁、岸本辰雄『法学通論』（明治法律学校講法会、明治32年）26-29頁、羽生慶三郎『法学通論』（東華堂、明治32年）134-144頁、岡村司『法学通論』（明治法律学校、明治32年）144-154頁（同『法学通論』（和仏法律学校、明治34年）445-454頁も若干の表現を除いて同内容）、肥田平次郎『法学通論』（東京法学院、明治32年）85-96頁、宮本平九郎『法学通論』（明治法律学校講法会、明治33年）107-117頁、鈴木喜三郎『法学通論』（東京専門学校出版部、明治33年）29-33頁、中島玉吉『法学通論』（和仏法律学校、明治35年）92-99頁、松尾国太郎『法学通論』（高等成師学会、明治35年）80-95頁、伊谷亀太郎『法律大意』（東枝律書房、明治36年）58-62頁、奥田義人『法学通論』（東京法学院大学、明治38年）196-212頁（これには、復刻版として、日本立法資料全集・別巻794（信山社、2012年）がある）、島田俊雄『法学通論』（日本大学、明治37年）136-142頁、草刈融『簡易法学通論』（松華堂、明治42年）34-36頁、飯島喬平『法学通論』（早稲田大学出版部、明治43年）131-137頁。

<sup>184</sup> 中島・前掲『法学通論』96-97頁、98頁。

<sup>185</sup> 同上95頁。

一などのドイツ法文献を参照する論者が少しずつ現れるようになり、不遡及原則をして、法律は「其以前に生じたる事項に適用すべからず」という意味に理解されたのである<sup>(186)</sup>。

こうした見解によると、法律の適用対象となる事項の時間的位置づけ（すなわち、法律以前であるか否か）によって、遡及効の有無が判別されることになる。従来の論者であれば、法律は既往に遡って効力を有しないという、ある意味では漠然とした定式でもって不遡及原則を理解するとともに、その根拠の一つとして、過去の行為を規律することの論理的不可可能性を挙げていた。これに対して、サヴィニーに倣う論者は、遡及の意味を厳密あるいは限定的に理解することにより、この論拠に反駁したのであった。

## 2. 山田三良の時間的効力論

以上のように徐々に現れていた学説の変容を象徴し、時代としても学説史としても転換点と位置づけられるのが、明治最後の年（45 年）に著された山田三良の『法学通論』<sup>(187)</sup>である。内容的にとっても詳細であるだけでなく、山田は新法例の制定に関わった人物であったことから、その所説は、後の論者に対して一定の影響を及ぼしたのではないかと推察される。

山田も、不遡及原則に関する説明の大部分においては、従来と同じように説明した。すなわち、この原則は私法においては既得権の不可侵のことであり、既得権とは「特定の人が特定の取得原因に依りて取得したる権利」である。これに対して、公法では真逆であるとされる。「公法は……既往に遡りて其効力を及ぼすを以て原則とす。即ち、租税法、兵役に関する公法、其他各般の行政法は皆新法の規定に依りて直に処分せらるべきものにして、法律に反対の規定なき限りは、旧法の下に発生したる事柄にでも、尚新しき法律に依りて処分せらる可きものとす」<sup>(188)</sup>。

しかし、注目すべきは、叙述内容というよりも、法律の時間的効力についての議論枠組

<sup>186</sup> 肥田・前掲書 87 頁、奥田・前掲書 201 頁（デルンブルクを参照）、山田三良・後掲書 117 頁（サヴィニー、ギールケを参照）。

なお、サヴィニーを含めて、19 世紀のドイツの主に私法学説が不遡及原則との関連において既得権論を説いており、その意味で、古典学説の議論枠組みとしてであれば、ドイツ法学説はフランス法学説と大きく異なっていたわけではない。例えば、ギールケは次のように述べていた。「不遡及原理の私法原則に対する射程距離については、不遡及原理から導き出される結論によって、新しい法原則は既得権（*iura quaesita*）に干渉しないと慣習的に定められる。既得権の下に、古法に従って成立した、特別の法的根拠から特定の主体によって取得される主観的権利があてはまる。一方で単なる法的期待（例えば相続期待権とは異なる相続の見込み）、他方ですべての人あるいは一定の人的階層の一般的な法規上の権利はこれに含まれない。それに対して特権によって個人に設定された権利もこれに属する。そしてあらゆる権利は完全な効力内容を伴って取得されている。しかし既得権は、大きな私法改革に必然的な干渉を甘受しなければならない。それゆえにしばしば法制度の新秩序の結果、古法の下で成立した法律関係をも内容上変更される……。しばしば法制度も、それに応じた法律関係が新たに生じないだけでなく、存続しえないようにして全く廃止される（例えば奴隷身分、封建的権利と家産的権利、ツンフト特権）。しかしこの場合、既得権の変更あるいは廃止と財産的損失が結び付けられる限りにおいて、補償がなされる。」（オットー・フォン・ギールケ（石尾賢二訳）『ドイツ私法概論』（三一書房、1990 年）44 頁）（原典は 1913 年出版の第 7 版）。

<sup>187</sup> 山田三良『法学通論』（明治大学出版部、明治 45 年）118-142 頁。

<sup>188</sup> 同上 123 頁、122 頁。

みである。山田は、冒頭で次のように述べて、問題領域が二つあることを明確にしたのである。

「時に関する法律の効力は、唯だ法律として存在する間のみ継続するものなりと雖も、其規定せる法律関係より云へば、其法律が廃止せられたる後に於ても尚旧法の効力が引続き存在するものと認めらるる場合もあり、又之と反対に、法律は其施行前に発生したる事実に対しても尚其効力を及ぼすものと認めらるることもあり。如此法律が其施行前に発生したる事実に対しても効力を及ぼすことを称して、法律は既往に遡るの効力を有すと云ふ。」<sup>(189)</sup>

ここでは、遡及とは「法律が其施行前に発生したる事実に対しても効力を及ぼすこと」であると定義されているが、これと、「旧法の効力が引続き存在するものと認めらるる場合」とが区別された。後者の例には、明治維新に際して諸侯から領土を返還させ、神社仏閣の土地を上地させたことが挙げられている。山田によれば、これらは、制度を廃止するとともに、その下で従来認められてきた法律関係をも今後は認めないこととするものであり、確かに既得権を害するものではある。だが、こうした場合については、「従来存在したる権利を将来存在せしめざるものにして、敢て法律自体が既往に遡りて其効力を発生するものにあらずと謂ふべき」であると指摘したのである<sup>(190)</sup>。

このように、山田は、〈不遡及原則＝既得権の不可侵〉という理解は維持しているものの、必ずしも〈既得権侵害＝遡及〉ではないことを明確にした。法律の施行前の問題と、施行後における旧法の効力（旧法により認められた権利の帰趨）の問題とを区別することで、不遡及原則が問題となり得る領域を明確にしたと評することができよう。山田によれば、既得権は法律の施行の前後で分離することができ、法律が将来的に剥奪するだけであれば遡及ではなく、したがって、不遡及原則によって禁じられるものではないと解されるのであった。こうした理解は、大正以後の学説において広く共有されることになる。

なお、法律の時間的効力に関する当時の現行法の立場について、既に何度も指摘されてきたことを山田も繰り返しているが、ここで再確認するのは無意味ではないであろう。

「彼の独逸民法の如きは斯る原則を規定することを避けたり。我が現行法例も亦此の原則を掲げたる旧法例の条文を削除し、若し必要なる場合には各種の法律に於て新法と旧法との経過的規定を掲ぐ可きものとし、抽象的の原則を法文に表すことを避けたり。」<sup>(191)</sup>

<sup>189</sup> 同上 117 頁。

<sup>190</sup> 同上 127 頁。

<sup>191</sup> 同上 120 頁。実際、不遡及原則の適用についての解説（129 頁以下）では、民法施行法に基づき、民法の適用関係の具体例が取り上げられている。外国の立法例や外国法学説が参照されることの多かった戦前において、日本実定法に則して説明した論者は、山田が殆ど唯一であった。

## 第二項 華族世襲財産法をめぐる

さて、明治後半から大正にかけて、学説の時間的効力論はドイツ法の影響を受けつつ変容していったが、ただ、その過程において必ずしも見解が一致していたわけではない。『法学通論』では具体例を踏まえた議論が殆ど皆無であったため、論者ごとのニュアンスがあまり反映されていないが、実際の解釈問題については、確かに相違があった。このことを如実に示していると思われる一例として、華族世襲財産法の時間的適用範囲をめぐる問題を挙げるができる。

華族世襲財産法（明治19年4月28日勅令第34号）は大正5年に改正され、これ以後、華族の不法行為によって損害賠償請求権を得た場合に限り、華族の世襲財産を差し押さえることが可能となった（大正5年9月20日法律第45号）。このことを、18条は次のように規定した。

18条1項 世襲財産及第十六条ニ掲クル権利<sup>(192)</sup>ハ世襲財産ノ管理ニ因リテ生シタル権利及不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ニ基ク場合ヲ除クノ外民事上ノ強制執行ノ目的ヲ以テ之ヲ差押ヘ又ハ一般ノ先取特権ニ基キ之ヲ競売スルコトヲ得ス

新たに認められた差押に関して、改正法では特に経過規定は置かれなかった。そのため、旧法下で成立した損害賠償請求権についても改正法は適用されるのかが問題となり、当時、鳩山秀夫と石坂音四郎による検討がなされた<sup>(193)</sup>。両者において、改正法を適用すべきという結論、および、その主な理由については一致していた。すなわち、改正法18条1項は、「一定の財産が執行の物体となるや否やの点を定めたる法律に過ぎざるもの」であり、債権の効力に触れるものではないため、旧法下で成立した不法行為上の債権に基づく場合であっても改正法による差押をなし得るとしても、改正法が遡及しているわけではない、と解された<sup>(194)</sup>。

18条1項は強制執行に関する規定であることは確かであり、こうした分野における法律の適用範囲としてみれば、以上のように解されることとなろう。注目すべきは、その前提として、不遡及原則がどのように理解されていたのか、である。この点、実は、見解に大きな相違があった。

### 1. 鳩山秀夫

鳩山秀夫によれば、「新法不遡及の原則は、『旧法時代に成立したる事項（法律要件）には

<sup>192</sup> 16条に掲げる権利とは、世襲財産の法定果実を取得する権利、株券が世襲財産である場合には利益や利息の配当を受ける権利である。16条により、これらの権利および世襲財産は譲渡や質権・抵当権の目的とし得ない。

<sup>193</sup> 鳩山秀夫「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」法学志林18巻11号（大正5年）31-38頁、石坂音四郎「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」同39-44頁。なお、改正法全般については、石坂音四郎「華族世襲財産法改正法律案概評」同『民法研究第4巻』（有斐閣、大正6年）341頁以下。

<sup>194</sup> 鳩山・前掲33-35頁、石坂・前掲40-41頁。

旧法の認むる効力を附し、新法時代に成立したる事項に付てのみ新法の認むる効力を附す』と云ふを以て其内容とす」る。華族世襲財産法における「事項」とは「世襲財産の設定」であると解されるため、ある財産が世襲財産であるか否かについては、原則として改正法は適用されない。そうであるからこそ、改正法の附則には、「従前ノ規定ニ依ル世襲財産及其ノ附属物ハ本法ニ依ル世襲財産ト見做ス」との明文規定が置かれ、改正法を適用すべきとされたのであった<sup>(195)</sup>。

また、鳩山は、不遡及原則の実質的根拠には既得権の保護や法律秩序の安定ということがあると考え、こうした観点からの補足的検討も行ったが、やはり、既得権の侵害はないと解された。すなわち、「旧法時代に成立したる私法的法律要件に対して、新法に依りて特殊の公法上の保護〔注、強制執行の対象となること〕を与ふるも、之に因りて既得権を害し法律秩序を攪乱するの虞なし」。そもそも、「債務者は公法上の保護を与へしめざる権利を有したるものに非ず」、というのである<sup>(196)</sup>。

## 2. 石坂音四郎

これに対して、石坂音四郎は、旧法下で生じた損害賠償請求権に対して改正法により新たに強制執行を認めることが、仮に債権の効力を変更するものであると仮定しても、改正法は遡及しておらず、不遡及原則には反しないと解した。すなわち、まず第一に、新法下においては新法が適用されるべきであると説いた。

「旧法の下に生ぜる権利其ものの効力を定むる新法を適用するも、法律の効力が既往に遡るものとなすことを得ず。権利が旧法の下に生ずるも、新法の下に於ても現に権利として存在す。故に、現在の法律に依りて現在の権利の効力を定むるに外ならず。故に、此場合に法律の効力は既往に遡ることなし（或は、旧法の下に生ぜる事実新法を適用する場合、例へば、旧法の下に生ぜる不法行為の成立要件を定むるに新法に依る場合には、法律の効力が既往に遡及すと云ふことを得べし。蓋、過去に生ぜる事実は過去の事実として観察する外なきが故なり。然れども、権利は縦令旧法の下に生ずるも尚新法の下に存続するが故に、同一に論ずることを得ず）。」<sup>(197)</sup>

ここでは権利の「存続」が語られているが、おそらく、権利の形成とその効果（内容）とが区別されたのだと思われる。議論は損害賠償請求権に関してであり、それは不法行為時に発生する一つの債権であって、継続的な法関係を生じさせるものではない。したがって、上記引用の趣旨は、権利が新法下において実現する（効果が生じる）場合には新法が適用されるべき、ということであろう。しかも、そうした新法の適用は遡及ではないと解されたのであった<sup>(198)</sup>。

<sup>195</sup> 鳩山・前掲 36-37 頁。

<sup>196</sup> 同上 37 頁、38 頁。

<sup>197</sup> 石坂・前掲 42-43 頁。

<sup>198</sup> 京大の刑法学者である宮本英脩は、石坂の見解について、「之を遡及と称すると否とは、主として用語

また、石坂は、不遡及原則が立法者を拘束するものではなく、「法律に依り自由に遡及力を有するや否やを定むることを得る」ことからすると、経過規定がないことは、むしろ不遡及原則を否定する趣旨であると解するべきであると説いた。

「旧法の下に生ぜる事項に付き新旧法何れを適用すべきやに関し、法律に規定を缺く場合には、法律不遡及の原則に従ふことを得ず。寧ろ、現在の法律即新法を適用するを以て原則となさざるべからず。蓋、旧法は新法の施行に依りて其効力を失ふが故に、新法の下に在りて旧法を適用することは（縦令其適用を受くる事項が旧法の下に生ぜるものなるも）論理上許さざる所なるが故なり。若し、旧法を適用せんとせば、特に明文あることを要す。」<sup>199)</sup>

このようにして、旧法下で成立した不法行為上の債権であっても、旧法下で実現されておらず改正法の施行後にまで残存しており、旧法を適用するとの明文規定もないため、改正法が適用されるべきと解したのであった。一定の財産が差押の対象とならないという華族の特権は、それを認めていた旧法が改正された以上は消滅すると考えられたのである。

### 3. 学説の位置づけ

以上の諸見解のうちで、鳩山は極めてオーソドックスな理解を示していると評しうる。これに対して、石坂の見解には曖昧さや断定が散見されるものの、内容的には、注目されるとともに注意が必要である。

確かに、一方で、明治末期までの『法学通論』においても、法律が過去の事実に対して効力を及ぼすことは可能であるとの見解が現れていた。だが、それが遡及であることに変わりはなかった。石坂は、新法下にまで残存している権利であればその効果について新法を適用すべきである主張し、しかも、そうしても遡及ではないと解したのである。また、他方で、旧法が廃止された後であっても旧法の効力がなおも維持される場合があり得ることは山田が指摘していた。この点について、石坂は、新法下で旧法がなおも適用されるというのは、「縦令其適用を受くる事項が旧法の下に生ぜるものなるも……論理上許さざる所」とであると解した。このように、法律不遡及の原則が殆ど否定されたに等しいのであった。

もっとも、旧法を適用し続けるためには、必ず、その旨の明文規定が必要と説かれていたが、この点につき、そうした明文規定がないことから、不遡及原則を否定する趣旨ま

---

上の問題に関するもの」であり、何れにしても、「其根本觀念に於ては、……新旧法交代の場合に於ては、旧法上の効果は新法に因りて引継がると同時に變形せらるゝと謂ふを以て等しく、法理上の原則と爲すものと謂ふべきが如し」と理解した上で、賛意を表した。宮本英脩「刑罰法令ノ遡及効及ヒ追求効ヲ論ス」京都法学会雑誌 13 卷 1 号（大正 7 年）1-29 頁（引用は 13-14 頁）。

宮本は、「一旦旧法上発生したる効果が引続き新法の下に於て問題となる場合」について、「純粹なる理論より謂ふときは、民法上に於ても亦、所謂新法遡及を以て原則とし、唯、其例外として實際の要求と衡平とを斟酌して不遡及の場合を認むべきものにあらざるか、而して、今日に於ては、右の斟酌を加ふべき場合の極めて多数なる結果として、唯、理論上の原則と例外とが事實に於て転倒せりと謂ふに過ぎざるにあらざるか」（13 頁）と述べて、不遡及原則そのものに疑問を呈していた。

<sup>199)</sup> 石坂・前掲 43-44 頁。

でもが当然に導かれるのであろうか。

華族世襲財産法の改正法に限って考えるならば、確かに、附則には新法の適用を排除する規定が一つだけ置かれていた。そのため、ある場合については経過規定が置かれているのに損害賠償請求権に関しては同種の規定がないことから、新法を適用すべきという趣旨を読み取ることが可能かもしれない。ただ、改正法に置かれた経過規定は、「本法施行ノ際従前ノ規定ニ依リ世襲財産ノ純収益ニ付他人ノ有スル権利ハ本法施行後ト雖仍其ノ効力ヲ有ス本法施行前着手シタル差押又ハ仮差押ニ付亦同シ」というものであった。旧法において認められていたことが改正法によって禁止・制限されたことで、旧法に従ってなされた行為の効力が問題となり得ることから、特に適用関係を明示したのであろう<sup>200</sup>。これに対して、損害賠償請求権に基づく差押については、それまで許されていなかったことが改正法によって新たに可能になったのである。附則の経過規定は適用関係をめぐる紛争を予想して、それを未然に防ぐために置かれるものであるとすれば、差押に関して旧法にしたがう旨の明文規定がないとしても、このことには何も含意されていないのではないだろうか。

何れにしても、石坂が新法をできる限り広く適用すべきと考えていたことは間違いない。同じことは、大正以後、『法学通論』の学説においても潮流となるのであった。

### 第三項 大正から昭和初期（戦前）<sup>(201)</sup>

明治後半には断片的に現れていた見解（既得権論への疑問、遡及の概念、議論枠組みの明確化）は、大正初頭に改正された華族世襲財産法をめぐる解釈問題においても垣間見られたところだが、大正から以後では、多くの学説によって支持されるようになる。その結果、法の

<sup>200</sup> 改正前の旧法では、世襲財産の純収益は3分の1に限り、これを抵当として負担することができ（旧11条）、また、債権者によるその差押が認められていた（旧12条）。これに対して、改正法では、抵当権の目的とはし得なくなった（16条）。また、「世襲財産ノ果実及第16条ノ利益又ハ利息〔注、株券が世襲財産である場合におけるその配当〕カ他ノ財産ト混同セサル間其ノ3分ノ2ニ付前項ニ同シ」（18条2項）、すなわち、3分の2については18条1項（本文引用）により不法行為上の損害賠償請求権に基づく場合のみ差押ができ、なおも3分の1については旧法と同じく一般的に差押が認められるが、「他ノ財産ト混同セサル間」という限定が加えられたのである。この限定が問題となった一例としては、株主の利益配当金について、その收受後は他の財産と混同されると判示された（大判大正13年9月22日・民集3巻432頁）。

<sup>201</sup> 大正から昭和初期（戦前）までの『法学通論』であって本稿筆者が参照したものは、次のとおりである（出版年順）。岡田朝太郎『法学通論』（中外印刷工業、大正8年）18-20頁（これには、復刻版として、日本立法資料全集・別巻483（信山社、2008年）がある）、野村信孝『法学通論』（巖松堂書店、大正11年）148-159頁、石原雅二郎『法学通論』（法制時報社、大正11年）158-161頁、金森徳次郎『法学通論』（日本大学、大正11年）68-71頁、丸岩関弥『法学通論』（佐藤正三商店印刷部、昭和5年）126-130頁、小山松吉『法学通論』（尚文堂、昭和8年）226-228頁、三瀨信三『近世法学通論〔新訂版〕』（有斐閣、昭和9年）220-222頁、武市春男『法学通論』（創生社、昭和10年）79-80頁、中村進午『法学通論』（巖松堂、昭和13年）85-88頁、天野徳也『最新法学通論』（巖松堂、昭和13年）290-291頁、孫田秀春『法学通論〔全訂〕』（有斐閣、昭和14年）129-131頁、高井忠夫『法学通論〔新訂〕』（久野書店、昭和14年）104-107頁、山岡通暉『新稿法学通論』（松山房、昭和19年）47-48頁、林信雄『法律学入門〔新訂〕』（巖松堂書店、昭和19年）200-202頁、峯村光郎『法律学序説〔改訂版〕』（巖松堂、昭和19年）125-127頁。



時間的効力に関する記述は、内容についても構成についても、『法例』において論じられていたことに比べて大きく変わっていった<sup>(202)</sup>。

## 1. 遡及の概念

第一に、遡及の概念についてである。先にも触れたように、明治後半には、遡及の定義のために、法律の効力の発生時期ではなく適用対象事実の発生時期を考慮する見解がみられたところだが、大正以後、こうした見解は論者がほぼ一致して採るようになる。例えば、金森徳次郎<sup>(203)</sup>は、次のように述べている。

「法の効力存在せざる間に発生したる事実につき効力を生ずる場合……、法の効力を遡及すると云ふ。但、効力其のものが法の施行期日前に発生するにはあらず、施行期日前の事実に基づき施行期日後に効力が発生存在するのみ〔である〕。」<sup>(204)</sup>

遡及の概念をこのように厳密に理解することは、それが「法の本質上不可能のことではない」<sup>(205)</sup>という理解につながる。こうして不遡及原則の根拠の一つとして説かれてきたことが否定されるのであるが、ただ、そこでの意図は、不遡及原則を否定することではない。学説は、法生活の安定性を保障すべきことを理由に、新法の解釈・適用上の原則としては、やはり不遡及原則が妥当すると解した。遡及が法の本質に反しないと指摘することは、立法上の問題に関して、法律不遡及が立法者を拘束する原則ではないという帰結を導くのであった。

## 2. 不遡及原則と既得権論の分離

第二に、遡及の意味の厳密化は、不遡及原則の内容にも影響することになる。すなわち、法律の適用対象事実の発生時期を考慮することによって遡及が定義されることから、学説において、不遡及原則とは、法律はその施行日以前の事実・行為に対して効力を及ぼものではないという意味で理解されるようになった。したがって、解釈原則としての法律不遡及とは、「立法者は、原則として、新法は新法施行後に存在する事実に対して適用あらしむるの意思を有するものなりと解するを正当とす」<sup>(206)</sup>、ということとされた。

では、法律が制定される以前もしくは旧法の下で生じた事実・行為ないし法関係が新法

<sup>202</sup> ほぼ唯一の例外として、織田萬『改訂法学通論』（有斐閣、大正6年）（これには、オンデマンド版（有斐閣、2002年）がある）は、明治29年に出版された前掲『法例』の記述と同じままであった。

<sup>203</sup> 金森徳次郎（1886年-1959年）は、明治45年（1912年）に東京帝国大学を卒業し、大蔵省に入省の後、1914年からは法制局参事官となり、この間には大学で憲法の講義も行っている。1934年には法制局長官に就任した（参照、国立国会図書館ウェブサイト「近代日本人の肖像」）。法制局参事官という経歴からして、金森の見解は立法当局のそれと無関係ではないように思われるため、以下では、金森の文献を多く参照している。ただし、他の文献と比べて、記述内容に大きな独自性はない。

<sup>204</sup> 金森・前掲書 67-68頁。

<sup>205</sup> 丸岩・前掲書 126頁。

<sup>206</sup> 金森・前掲書 68頁。

施行後にまで継続する場合、新法が適用されるのか旧法が適用されるのか。本節の冒頭で示したように、これこそが、法の時間的効力をめぐって生じる核心的な問題である。

大正以後の学説も、この問題を必ず取り上げている。しかし、注目すべきは、不遡及原則とは関連づけられず、むしろ、幾つかの論者が明確に述べているように、「旧法時代に旧法の要求を充足して成立したる法律関係は、常に旧法の廃止と共に消滅に帰せしむべきものなりや否やの問題」<sup>(207)</sup>として論じられるようになった（ここでは法律の廃止の場合について述べているが、同じことは、法改正の場合についても言える）。そして、この点、例えば金森は次のように述べている。

「法律上の状態（人格権利義務等の類）は、法律あるが故に存在するものにして、法律なくむは権利義務等は存在する理由なし。故に、法律が全然廃止せられたるときは、其の法律に基きて存在する法律状態は亦之と共に消滅すとなすと当然とする。」<sup>(208)</sup>

勿論、このように述べつつも、それでは法生活の安定が害されてしまい得ることが無視されたわけではない。旧法の改正・廃止にもかかわらず、その下で生じた法関係が維持される（旧法が適用され続ける）場合があることは認められている。だが、大正以後の学説は、こうした場合のことを既得権の尊重として理解し、法律不遡及とは異なるものとして位置づけた。そして、新法施行後においてもなお既得権が維持される場合については、「既得権の存在する限度に於ては旧法も尚ほ存在し、唯新事実に適用なきのみとなり」<sup>(209)</sup>、と説明されるようになる。「既得権が其の基本と為す法の廃止以後に継続して存在するとせば、其の限度に於て廃止せられたる法の効力は尚存す」<sup>(210)</sup>ということなのであり、新法が遡及しないこととは異なるのである。

従来であれば、不遡及原則の内容として既得権不可侵を観念する見解が支配的であった。しかし、大正以後になると、法律不遡及と既得権の尊重（旧法の効力の存続）とは異なる問題を扱うものと位置づけられ、両者を「混同すべからず」<sup>(211)</sup>と明言されることさえあった。なおも不遡及原則に「関係して」とか<sup>(212)</sup>、その「結果として」<sup>(213)</sup>既得権の尊重が問題になると述べられることはあったが、何れにしても、両者は項目を分けて説明されるようになったのである。

### 3. 既得権の尊重

第三に、法律不遡及はなおも法律適用上の原則であると解される一方で、上述のとおり

<sup>207</sup> 高井・前掲書 107 頁。同旨の指摘としては、金森・前掲書 68 頁。

<sup>208</sup> 同上 70 頁。同旨、石原・前掲書 160 頁、丸岩・前掲書 128 頁。

<sup>209</sup> 金森・前掲書 70 頁。

<sup>210</sup> 石原・前掲書 161 頁。同旨、高井・前掲書 107 頁。

<sup>211</sup> 三瀧信三『民法総論提要上巻〔全訂改版〕』（有斐閣、昭和 6 年）21 頁。

<sup>212</sup> 野村・前掲書 150 頁、三瀧・前掲書 220 頁、山岡・前掲書 48 頁、林・前掲書 201 頁。

<sup>213</sup> 武市・前掲書 80 頁、峯村・前掲書 126 頁。

法律不遡及とは分離させられた既得権の尊重については、もはや原則ではないとの見解が多く見られるようになる。その前提には、権利に関する一定の理解があった。

「各種の権利は総て法の存在を前提として存在するものにして、社会生活上必要あるに当たりては、立法者が法を変更し既存の権利を制限又は消滅せしむるを得るは当然の事理なればなり。」<sup>(214)</sup>

こうして、権利は法律に基づき認められるものである以上、その根拠であった法律が改正・廃止された場合には、当然、当該権利も失われることになると考えられるようになった。こうした見解においては、新法の制定（および旧法の改正・廃止）にもかかわらず旧法下で認められた権利がなおも保護されることは、例外ということになる。そうであるとすれば、既得権論は放棄されており、古典的な意味での既得権というものが観念されなくなったとすることができる。実際、田中耕太郎は、「法の力に依りても奪ふことを得ざる既得権なるものは存在し得ない」<sup>(215)</sup>とまで述べていた。また、法学通論の文献を離れても、不遡及原則に関する文脈においてではあるが、「既得権なる語は其意義必ずしも明瞭ならず、且、此観念を以ては説明すること能はざる場合多し」と批判する者もいた<sup>(216)</sup>。

もちろん、どの論者においても、法生活の安定を維持するためには既得権を尊重することが望ましいとの認識は共有されていた。だが、それでもやはり、このことは立法政策上ないし法律適用上の要請でしかないと言えたと念が押されたのである。

#### 4. 経過規定による解決

以上を要するに、法の時間的効力に関する核心的問題（新旧法にまたがる事実等についての適用法令）について、学説は、それが既得権の尊重（旧法の効力の存続）に関わるとともに、しかし既得権といえども不可侵ではなく新法の影響を受けるはずであるが、法的安定性のためには既得権の尊重が望ましいと考えた。では、そうすると、問題はどのようにして解決すべきなのであろうか。

この問題に関して、大正以後の学説における第四の特徴がある。すなわち、学説は、何らかの原則ないしは判断基準を打ち立てることはせずに、結局のところ、立法的解決を示唆するに留まるのである。多くの論者は、「経過法」という項目を立てて、次のように述べるのであった。

「特定の法が遡及効を有するや否や、既得権に影響を与ふるものなりや否やは、具体的場合に付、立

<sup>214</sup> 野村・前掲書 150 頁。同旨、丸岩・前掲書 128-129 頁、三瀦・前掲書 221 頁、天野・前掲書 291 頁、山岡・前掲書 48 頁。

<sup>215</sup> 「時際法（経過規定）」末弘厳太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和 10 年）1097-1101 頁（本文引用は 1100 頁）（田中耕太郎執筆）。

<sup>216</sup> 富井政章『民法原論第 1 巻 総論 [訂正増補版]』（有斐閣、大正 11 年）107-112 頁（109 頁）。薬師寺志光『日本民法総論 第 1 分冊』（巖松堂、昭和 16 年）22 頁も、「所謂既得権なるものの存在を認め得ない」と述べる。

法者の意思を明白にし法の性質を尋ね之を決せざる可らず。然るに、具体的法を採り其の効力の及ぼす適用範囲を決定するは、事実上頗る困難なる問題にして、特に旧法時代に其の原因を発し新法時代に其の結果を見たる社会現象に対しては、新法に依るべきか旧法に依る可きかは容易に之を決定し難きものなり。此の故に、重大なる法規の制定に際しては、立法者は概ね明文を以て新法の適用範囲を定め、以て旧法との調和を図るを例とす。之所謂経過法〔である〕。<sup>(217)</sup>

経過法ないし経過規定への言及は、『法学通論』に限っていえば山田三良が転換点となっている。振り返れば、旧法例 2 条の削除の理由として、穂積陳重が、法律の適用範囲は個別法ごとに規定されるはずであると述べていたことは既に何度も指摘した。また、明治 35 年には、日本にドイツの時際法論が紹介されていたところである<sup>(218)</sup>。

<sup>217</sup> 野村・前掲書 151 頁。他の論者も、本文引用の記述と殆ど同じことを述べている。例えば、金森・前掲書 70 頁によれば、「新旧二法相更はる時に於ては、旧法時代に生じたる法律関係の運命を定め又は之と新法時代に生じたる法律関係との調和を計るに当りて種々困難なる問題を生ずるを以て、重要な法規に付ては、立法者は明文を以て之を定むる場合多し。斯の如き規定を経過法と云ふ」。中村・前掲書 87-88 頁によれば、「新旧二法時代に跨る行為に付ては新法を適用するも旧法を適用するも多くの不都合を生ずるものなるが故に、立法者は斯る時に際して特に経過法（過渡法）を発し又は法文中に経過規定を設くべきものなり」。その他にも同旨の指摘としては、高井・前掲書 107 頁、林・前掲書 202 頁、峯村・前掲書 127 頁。

<sup>218</sup> 中村進午「時際法ヲ紹介ス」法学志林 27 号（明治 35 年）1-8 頁。これは、Friedrich AFFOLTER, *Das intertemporale Recht*, Verlag von Veit und Comp., T. I, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, 1902, T. II, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, 1903 の紹介である。アフォルターは、当時はハイデルベルク大学の私講師であった。中村は明治 31 年にアフォルターの講義「時際私法及び国際私法」に出席したようである。中村によれば、「従来比較的に等閑に付せられたる時に関する問題は、氏の此著書によりて初めて門戸を開きて世に暴露せられたるものなり」、ただ、「此書刊行の後、未だ一星霜を閲さず、我が法学界の人之れを知る者少し」とのことである。

なお、第 1 巻の『時際私法の歴史』は、ヨーロッパ各国の立法・学説・判例を歴史的に幅広く取り上げており、時際法に関するドイツ語の文献としては極めて参照価値の高いものである。

## 第二節のまとめ

---

以上のとおり、学説上、明治期では概ね既得権論がとられていたが、大正以後になると斥けられた。不遡及原則と既得権の問題が分離され、遡及の概念も厳格に理解されたため、原則の内容は大幅に限定されるようになった。既得権の概念自体も変容した。ただ、これは専ら理論学説の変遷であり、とりわけ、外国法学説（主にフランスとドイツ）の受容と、日本におけるその定着および変容の軌跡である。実際の解釈問題も一つ取り上げたが、理論の当てはめという形での議論でとなっていた。

では、日本法の現実はどうであり、学説は現実問題をどう受け止めたのであろうか。すなわち、個別法ごとに時間的適用関係が本当に整備されたのか、どのように規定されたのか、経過規定をめぐって解釈問題は生じなかったのか、個別法で整備がなされた場合には理論的検討は不要となったのか。むしろ、経過規定が置かれなかったことがあり、規定の解釈をめぐって問題が生じ、その結果として現実を踏まえた理論が徐々にではあるが構築されていったのではないか。

次章において、日本法の展開を辿ることとしよう。

## 第二章 日本法の展開

本章では、まず序論として、旧法例 2 条の修正過程と同時に進んでいた民法施行法 1 条について取り上げる。旧法例の修正過程において、修正原案を起案した穂積陳重が旧 2 条を削除するにあたっては、当時の立法動向が無関係ではなかったからである（序論——民法施行法の不遡及原則）。施行法 1 条に関連して日本で最初期の実践的議論が起こったものの、なお端緒に留まった。その後、明治から昭和にかけて制定された法律の中には、その時間的適用範囲をめぐって裁判上・学説上において議論となったものが幾つかある。そこで本章では、この議論の中でも私法に関連するものを取り上げて、不遡及原則をめぐる日本法（立法、判例、学説）の展開を辿ることとする（第一節——不遡及原則をめぐる諸対立）。次に、公法に関するものを取り上げる。ここでは話が大きく異なり、公法の不遡及原則についてはその妥当性それ自体をめぐって議論となるのであった（第二節——公法の時間的効力）。



## 序論 民法施行法の不遡及原則

### 1. 旧法例 2 条の削除と民法施行法

前章でみたように、民商法については施行法によって新法の適用範囲が整理されると予定されていたが、実際、その当時（明治 30 年）には、既に、民法施行法の審議が進められていた。そして、施行法の草案には、民法の不遡及原則を明文でもって宣言する規定が置かれていたのである。

第一条 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

そして、民法を適用すべき場合、すなわち原則に対する例外を認める場合には「別段ノ定」が必要であるため、2 条以下が詳細にこれを定めた。そうした例外規定がないならば、1 条の原則にしたがい、民法を適用しないこととされたのである。

こうして民法施行法において民法の不遡及が規定されることになれば、少なくとも民法との関係では、法例によって不遡及原則を一般的に規定する実益は失われる。同じ規定は、商法施行法にもあった<sup>219)</sup>。時間的適用関係の整備が同じように個別法でも進められるとすれば、ますます、一般的規定を設ける意義は減る。したがって、穂積が旧法例 2 条の削除を提案したことは、当時の立法動向を踏まえてみると当然であったと評することができる。

民法施行法は、新法例と同じく明治 31 年 6 月 21 日（法律第 11 号）に制定され、1 条について修正はなかった。では、民法の不遡及原則を定める 1 条が設けられたのは何故なのか、それは何を意味する規定であったのだろうか。特に、そもそも民法の適用の可否は、「別段ノ定」があるか否かの前提として、「民法施行前ニ生シタル事項」に関して初めて問題となるが、「実際に於ては、其所謂民法施行前に生じたる事項なるや否やを判定するの困難なる場合少なからざるべし」<sup>220)</sup>なのであった。

法律の時間的適用関係をめぐる日本法の実際的解釈問題は、民法施行法が最初であったと思われる。そこで、日本法の展開を辿る本章では、まず、民法施行法に関する議論を検討することから始めることとしよう。

### 2. 民法施行法の制定過程での議論

民法施行法 1 条の審議の様子については、梅謙次郎によるその概要説明が、第一回民法施行法議事要録（明治 30 年）<sup>221)</sup>に記録されている。審議においては、磯部四郎が次のよう

<sup>219)</sup> 商法施行法 1 条「商法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク旧法ノ規定を適用ス」。

<sup>220)</sup> 富井政章『民法原論 第 1 巻総論 [訂正増補版]』（有斐閣、大正 11 年）111 頁。

<sup>221)</sup> 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法資料叢書 14』（商事法務、1988 年）所収。



な批判を述べていた。

「本条は民法の原則を掲げたるに過ぎずして、民法を実施するに付ての必要条件にあらず。是等は宜しく民法中に規定すべきものにして、施行法の規定すべきものにあらず。故に必要なし、当然に存する原則に外ならずと〔磯部は述べた〕。其他、後見人に付て、若し後見人が旧法に依りて広き権限を有せしに、新法に依りて其権限を狭められたる場合等に於て、大なる困難を来すべき〔と述べた〕。」

この批判には賛同者が現れなかったようである。これに対して、梅は、民法施行法に不遡及原則を規定すべき理由があると述べている。

「此民法は不遡及なりや否やを定めなば以て足れり。然るに、之を法令〔注、法例の誤りか〕に置くは頗る穩当を缺くべし。契約其他の法律行為に付ては、理論上は措き、今日の実際に徴し見れば、成文のあるものは之に依り、慣習あらば之に依り、慣習なきときは条理に依るなり。而して、此条理の範圍如何と云ふに、極めて漠然にして一定の区域なる頗る不安心なり。故に、悉く本条の如くせり。」

こうして、1条の背景には、民法の適用の可否について法律や慣習がない場合には条理をもって判断することになるが、条理というものが極めて不明瞭であるとの懸念があった。そこで、施行法で民法不遡及を規定することによって、慣習や条理にしたがう余地を排除するとともに、施行法に明文規定がない限りは民法を適用しないこととして、その適用関係を明確したのであった。その後の審議において1条については異論・修正はなく、上記のとおりで可決された。

規定内容をみると、施行法1条には「遡及」といった文言はないが、審議記録には参照すべき内外の規定例として「法例二」や「仏民二」があると記されており、法律不遡及を内容とするものと意図されていたことは明らかである。これを施行法で規定することを批判した磯部四郎においても、不遡及が「民法の原則」であることは否定しておらず、それは「当然に存する原則」と考えていた。

ただ、1条が「民法施行前ニ生シタル事項」について民法を適用しないと規定したことは、極めて注目に値する。というのも、旧法例2条のような「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」という表現を用いておらず、既得権論もとられていない。民法の各条項の適用対象となる「事項」に着目し、それが民法施行前に生じたか否かという基準を設けたのであった。

法例修正案の原案を作成した穂積陳重においても、法典調査会の審議においても、既得権への言及は皆無であった。だが、新法例が制定される明治31年までの学説では既得権論が取り上げられており、それは広く知られていたはずである。実際、民法施行法の審議においても、「公法に既得権なしと云へる金言あるが如く、公法は遡及法なり。故に、不遡及

のものは公法中に入らず」という梅謙次郎の指摘があった。したがって、施行法 1 条は、意図的に既得権やそれに類する文言を用いず、そうすることで、旧法例の註釈において支配的であった既得権論を斥けたのだと考えられる。

### 3. 判例

では、不遡及原則の基準とされた「民法施行前ニ生シタル事項」は、どのように解されたのであろうか。1 条に関しては多くの裁判例がある<sup>(222)</sup>。その中で、「事項」の一般的解釈を示したものとしては、民法施行前に生まれた非嫡出子の認知に関する適用法令が争われた事件における、明治 36 年の大審院判決<sup>(223)</sup>がある。

本件において、X（原告、被控訴人、被上告人）は、Y（被告、控訴人、上告人）とその伯母との間に生まれたことを主張して、明治 35 年（民法施行後）に、Y に対して認知を請求した。然るに、第一審および控訴審は、民法の規定を適用して請求を認容した。そこで、上告審において、Y は次のように主張した。

すなわち、X の出生は文久元年であったが、明治 6 年布告第 21 号によれば、非嫡出子には認知請求権が認められておらず、ただし、父が自ら認知するときに限り非嫡出子を庶子とすることができた<sup>(224)</sup>。民法では認知に関して旧法とは異なる規定が設けられ、民法施行法 9 条 2 項によって上記布告は廃止されたが、しかし、認知請求といった私権は、権利発生時の法令によって権利関係を判断すべきものである。本件における権利発生の実事とは非嫡出子の出生であり、これは民法施行より前であるため、民法の規定は適用されないはずである。しかるに、原判決が、認知請求権を新たに認めた民法を旧法下で生じた事実に対して適用したことは、法律の不遡及原則（民法施行法 1 条）に反するものである。

これに対して、非嫡出子である X は、民法の規定が適用されるべきであると主張した。すなわち、民法は、民法施行の当時において生理上の親子関係がある場合において親が子を認知できると規定し（旧 827 条）、また、民法施行の当時において生理上の直系血族の関係が存在する場合において子やその直系卑属に認知請求権を認めたのである（旧 835 条）<sup>(225)</sup>。しかるに、民法施行の当時において生理上の親子関係ないし血族関係が存在することは、「民法施行前ニ生シタル事項」ではないため、民法施行法 1 条は適用されず、したがって、民法の規定が適用されるべきである。

そして、X は、Y の主張に対して次のように反論した。すなわち、第一に、Y 主張のよう

<sup>222</sup> 民法施行法 1 条の裁判例一覧については、参照、大審院民事判例要旨類纂（法曹会、昭和 9 年）716-719 頁。

<sup>223</sup> 大判明治 36 年 2 月 10 日・民録 9 輯 153 頁。

<sup>224</sup> 明治 6 年布告第 21 号「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切死生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事

但男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」

<sup>225</sup> 旧民法 827 条「私生児ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得  
父カ認知シタル私生児ハ庶子トス」

旧民法 835 条「子、其直系卑属又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ対シテ認知ヲ求ムルコトヲ得」

に、民法施行前に出生した子は民法に基づき認知を請求することができないとすると、この場合、父母もまた民法に基づき認知することができないことになるが、民法施行前における認知に関する根拠法令である明治6年布告は、民法施行の日から廃止されたため、民法施行後では当該布告によって認知することもできず、結局、民法施行前に出生した子は、施行後においては父母によって認知を受ける方法がなくなってしまう。また第二に、Y主張のように、認知請求権の有無は非嫡出子の出生時の法令によって判断すべきであるとする、Xの出生は文久元年であるところ、その当時、Xの出生地である山城国紀伊郡深草村では非嫡出子の認知請求を禁止した法令や慣習法はない。また、明治6年布告はXの出生後に施行された法律であるから、Y主張を容れるとしても、Xに適用されることはない。

要するに、認知請求を受けたYとしては、認知請求権はそれを基礎づける事実が発生した時点で有効な法令を適用すべきであると主張したのに対して、非嫡出子のXは、民法旧835条の認知請求権は自然の親子関係ないし血縁関係に基づき認められるべきであり、そうした関係は「民法施行前ニ生シタル事項」ではないと主張した。ここでは、旧835条の解釈をめぐって、認知請求権の発生原因が、特定の事実（出生）なのか、当該事実を基礎とする親子関係なのか、に相違があった。後者を主張したXとしては、開始時点を特定することはできても生じ続けている関係は、民法施行前に生じたがなお継続している事実であるとして、「生シタル事項」ではないと解したのだと思われる。

以上の主張を踏まえて、大審院は、Yの主張を容れ、第一審および原判決を破棄した上で、Xの請求を却下した。

「民法施行法第1条の『事項』とは、民法施行前に生じたる事実及び法律関係を包括する文詞にして、民法施行前に於ける出生なる事実に基づく関係は、固より所謂事項に属する」。

この判示だけでは明確でないが、出生という事実を基準にして認知請求権の有無を判断したことは確かである。現在とは異なり、当時、認知の性質が事実主義ではなく意思主義により理解されており、認知は生理的な親子関係の確認というよりも、父が自分の子であることを認める意思表示であった。こうした理解を前提とすると、自然的血縁関係を重視するXのような主張は採り得なかったことであろう。

では、出生という事実を基準にする場合、Xの出生が民法施行前であることは明らかであるから、施行法に「別段ノ定」がなければ民法は適用されないことになる。この点について、大審院は次のように判示した。

非嫡出子の認知請求権につき、明治6年布告はこれを認めていないが、民法旧835条はこれを認めている。「此点に於て、旧法と相抵触するに拘はらず、民法施行法中、新法を適用せしむる法意を認むべき規定なきを以て、民法施行前に出生したる私生児と其出生に関係ある男子との関係は、依然旧法に従ひ定むべき法意なりと推論せざるべからず。」

なお、大正 12 年の大審院判決<sup>(226)</sup>においても、民法施行前に生まれた非嫡出子の側が、認知請求権は分娩の事実に基づくものではなく自然の親子関係に基づき認められるべきものであって、自然の親子関係という事実は消滅するものではないことから、現在の自然の親子関係に基づき民法旧 835 条により認知請求をなし得るべきであると主張した。だが、大審院は、明治 36 年判決と同じ趣旨の判断を示した。

#### 4. 小括

さて、大審院は、「民法施行前ニ生シタル事項」を、「民法施行前に生じたる事実及び法律関係」のことであると解した。このように既得権には全く言及せずに「生シタル事項」を解釈したことは、留意されてよいであろう。だが、非嫡出子 X の主張にもかかわらず、大審院は事実や法律関係が継続する場合については何も述べておらず、そもそも親子関係が継続する事実であることを考慮しなかったとも考えられる。

仮に大審院の理解を一般化するならば、法律の不遡及原則とは、法律はその施行日以前に生じた事実及び法律関係には適用されない、というようになる。果たして、事実や法律関係の発生時点しか考慮しないという立場をとったのであろうか。もちろん、ここでは具体の条文の解釈問題にとどまり、法律不遡及が原則として妥当するのか、遡及とは何かといったことが問題とはなっていなかった。そして結局、その後、大審院が民法施行法 1 条について一般論を展開することはなかった。

---

<sup>226</sup> 大判大正 12 年 3 月 15 日・民集 2 巻 159 頁。



## 第一節 不遡及原則をめぐる諸対立

本節では、不遡及原則に関して、判例と学説の間および学説相互の間において、実際的な解釈問題を前にして何をめぐって対立が生じたのか、その背景には原則に対するどのような理解の相違があったのかを分析する。

まず、時間的適用範囲について明文の経過規定が置かれなかった法律があり（建物保護法、利息制限法）、その適用関係を処理するために、理論的な模索がなされた。そうした法律との関係で、判例において不遡及原則が確立することとなるのだが、かなりのニュアンスが込められていた。しかも、判例と学説は鋭く対立したのである（**第一款——判例と学説の対立**）。また、時間的適用関係について明文の経過規定が置かれ、判例によっても遡及効が認められた法律もあるが（借家法、身元保証法）、その場合でも、学説では経過規定の解釈をめぐって議論が生じた（**第二款——経過規定の解釈をめぐる学説間の対立**）。

## 第一款 判例と学説の対立

---

### 第一項 判例の確立——建物保護法

「建物保護ニ関スル法律」(明治42年5月1日法律第40号)は、日露戦争後の地価高騰に際して、いわゆる地震売買が横行したため、その弊害をなくすために制定された法律である。地震売買とは、地上権や土地の賃借権に基づき建物を有している者に対して、地主が地代の値上げを求めたが承諾が得られなかった場合において、当該土地について第三者との間で行われた仮装売買のことである。民法177条または605条によれば、地上権や不動産の賃借権は登記をしなければ第三者に対抗できないが、登記をしていることは希であった。そうした状況では、土地を買い受けた第三者(新所有者)は、登記のない借地権者に対して土地の明け渡しを請求することができたため、借地権者としては、地代の値上げに応じざるを得ず、さもなければ土地を更地にして明け渡しをしなければならなかった。そこで、建物保護法は、1条1項において次のように規定して、建物の登記さえ行われていれば第三者(新所有者)に対抗できることとしたのであった。

1条1項 建物ノ所有ヲ目的トスル地上権又ハ土地ノ賃借権ニ因リ地上権者又ハ土地ノ賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上権又ハ土地ノ賃借権ハ其ノ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得

しかし、この法律には経過規定が置かれなかった、そのため、その施行前において借地権を得たが登記をしていなかった者について適用されるのか、が問題となった。また、もし適用されるとすると、施行前に土地所有者に変更があった場合に、新所有者の権利を害してでも同法は適用されるのか、も問題となった。

#### 1. 大審院における不遡及原則と既得権論

建物保護法の時間的適用範囲に関する問題につき、より具体的には、次のような事件が生じた。訴外Aが所有する土地には訴外Bのために地上権が設定されており、Bはそれに基づき当該土地の上に建物を所有していた。然るに、明治40年、XはAより当該土地を買い受けた。また、明治41年、YはBの建物の所有権を取得し、そうして建物を所有する目的で本件土地を使用してきた。その際、YはBの地上権を承継したことになるが、これを登記しておらず、しかも、土地所有者Xは地上権の移転を承認していなかった。

以上の事実関係は、すべて建物保護法の施行前のことである。だが、XがYに対して本件土地の明け渡しを請求した時点では、建物保護法が施行されていた。そのため、Xの請求に関してその適用の有無が問われることとなった。

大審院は、本件において、明治42年の判決において、Xとの関係では建物保護法の適用を認めず、Xの請求を認容した（以下、第一判決という）<sup>(227)</sup>。

「本件土地の売買は明治42年法律第40号建物保護に関する法律の施行以前に行はれたるものなれば、上告人〔Y〕は同法の規定に依り保護を受くべき謂われあるべからず。何となれば、法律の効力は既往に遡及せざるを原則とするものなれば、同法の定むるが如き民法第177条又は第605条の登記に代ゆるに借地上に存する建物の登記を以てし彼と是と殆んど同様の効力あらしむる絶大の効果を同法施行以前の法律関係に及ぼさしむるが如きは、例外の最も甚しきものなるを以て、特別の明文を待たざるべからざればなり。同法中斯る明文の存せざるに拘はらず同法施行以前に発生したる事項に対し同法を適用すべしとせば、其当時の法律の下に於て既に権義の関係確定せるものに対し、後の法律を以て之を攪乱するに至るべく、第三者は為めに既得の権利を害せられ不測の損害を蒙むるに至らん。固より、同法制定の目的は、従来土地の売買に関して往々起因したる時弊を救済し、併せて借地権者を保護するに出でたること明なりと雖も、之を同法制定の必要と其目的とに<sup>かんが</sup>稽ふれば、同法の適用は適當の範囲に限定せざるべからず。」

「本件〔X〕は、前示の如く、同法施行以前に於て第三者の地位に立ちたるものなるが故に、同法の適用を受くるべきにあら〔ず〕。」

このように、大審院は、建物保護法の施行前において土地所有権を取得していたXに対して同法を適用すべきでないと判断する理由として、「法律の効力は既往に遡及せざるを原則とする」ことを挙げた。そこでの遡及とは、「〔法律の〕施行以前に発生したる事項」に対して適用することとされており、かかる意味での遡及は「特別の明文」がない限り許されないという原則を確立した。民法施行法1条に関する明治36年の大審院判決の理解が踏襲されているものの、一般的な原則として確立されたのである。

ただ、大審院は、明文規定がない場合には遡及を許さないことといった厳格な立場はとらなかったと思われる。というのも、建物保護法は民法に対する「例外」を認めるものであることから、遡及させるためには明文規定が必要であると述べている。民法（前法）と建物保護法（後法）とに抵触のあることが前提とされており、これが、時間的適用範囲をめぐる問題の出発点となっているのである。そして、重要なのは抵触の帰結、すなわち、後法が前法と遡及的に替わるとすれば何が生じるのか、である。この点、大審院は、建物保護法による「例外」は「絶大の効果」をもたらし得るものであると指摘する。もし本件でXに対して遡及適用するならば、「其当時の法律の下に於て既に権義の関係確定せるものに対し、後の法律を以て之を攪乱するに至るべく、第三者は為めに既得の権利を害せられ不測の損害を蒙むるに至らん」ことになる。おそらく、このことが、Xとの関係では建物保護法の遡及適用が否定された実質的理由であったと思われる。つまり、明治42年の時点で、大審院

<sup>227</sup> 大判明治42年10月4日・民録15輯743頁。同旨の判断として、大判大正2年3月26日・法律評論2巻民法165頁、大判大正3年4月4日・法律評論2巻諸法63頁。



は既得権論に依拠したのである。

では、なぜ既得権論がとられたのか。そもそも、この判決での既得権論は、既得権侵害を遡及であると捉えてはおらず、学説とは異なっている。〈遡及＝法律施行前に生じた事項に対する適用〉と解した点では、既得権論を批判した学説と軌を一にする。ただ、Xの土地所有権の取得は建物保護法の施行より前であったため、そうした事項に該当するはずであるのに、このことから直ちにXに同法を適用しないとの結論を導いたわけではなかった。そうではなく、Xが「同法施行以前に於て第三者の地位に立ちたるもの」であったことが決定的な理由とされた。つまり、Xは建物保護法の施行前において土地所有権を取得しただけでなく、第三者の關係にあり、大審院は、こうした場合には同法を適用すべきではないと考えたのである。確かに、同法を遡及適用するならば「第三者は為めに既得の権利を害せられ不測の損害を蒙むるに至らん」と述べられていた。

こうしてみると、大審院の既得権論は、不遡及原則の内容を緩和するものとなっていることが分かる。ある法律に遡及効が認められるべき場合であっても既得権の侵害に限って遡及効が部分的に排除される、つまり、遡及的な既得権侵害が禁止される、ということである。実際、大審院には明確な意図があった。上記引用部分の終わりでは、「同法制定の必要と其目的」に鑑みて建物保護法の適用範囲を画定すべきと述べられていたが、これに続けて適用範囲について判示する中では、遡及効が一般的に認められたのである。

「同法施行以前より登記なき地上権又は賃借権による建物（登記したる）を所有する者と、其の土地所有者との關係に付ては、同法の適用あるべきは勿論、同法施行以後に於て土地所有者に変更ありたる場合に於て（土地が第三者に譲渡せられたるとき）、其新所有者に対する建物の所有者の権利は同法により其保護を受くることを得べきは亦論を俟たず。唯、借地権其ものに付ては、獨り同法施行以後に於て発生したるもののみに止まらず、其施行以前より引続き存在するものに付ても、均しく同法の適用あるべしとするを妥当とす。」

Xに対しては適用されるべきでないとしても、〈遡及＝法律施行前に生じた事項に対する適用〉という定式からすると、不遡及原則により、借地権者に対する適用をも制限されることになってしまう。だが、大審院は、「借地権其ものに付ては、……其施行以前より引続き存在するものに付ても、均しく同法の適用あるべし」と考えた。そして、そのためには、不遡及原則の内容を緩和する必要がある、こうして、遡及的な既得権侵害が禁止という意味での既得権論がとられたのである。

## 2. 借地権に対する適用例

なお、上記判決では、建物保護法の施行前に土地所有権を取得した者に対する適用が争われていたため、大審院が借地権に対しては施行前からのものであっても同法が適用されると解したことは、結論に影響していない。だが、他の事件をみると、その意味・帰結が

より明瞭になる。

すなわち、建物保護法の施行前後で土地所有者は同じままで地上権者のみ変更があった、という事例がある。Xの所有する土地には訴外Aの地上権が設定されており、Aは、その地上に建物を有していた。明治36年、Yは、Aから当該建物を買い受けるとともに、建物について登記を行った。この場合、Yは地上権をAから継承したことになる。その後、明治41年にYが地上権設定の仮登記を行った。だが、登記は土地所有者と共同でしなければならなかったところ、土地所有者Xはそれに反対し、仮登記の抹消を請求したのであった。この時点では建物保護法が制定されていなかったため、地上権の登記を経ていないYは、第三者たるXに対抗し得ないはずであったが、上告審の時点では同法が施行されていた。

然るに、大審院は、上記の第一判決を明示的に参照しつつも、建物保護法の適用を認めてXの請求を棄却した（以下、第二判決という）<sup>(228)</sup>。

「建物保護に関する法律第1条の規定に依り、Yは登記なき地上権を以て第三者たるX<sup>(229)</sup>に対抗するを得べきものとす。何となれば、本件借地権は同法施行以前より引続き存在し、土地所有者に変更なき場合にして、同法律の適用あるべきものなればなり。」

### 3. 学説との相違

大審院は、建物保護法の時間的適用範囲について「同法制定の必要と其目的」に鑑みて判断を下したことから、法律不遡及という原則を認めつつも、立法の趣旨・目的をより重視したのだと思われる。

大審院判決が下される以前、学説においては既に、立法目的である地震売買の制限という観点から大審院と同じ結論が説かれていた。池田寅二郎<sup>(230)</sup>によれば、建物保護法の施行前の第三者に対して同法を適用してしまうと、「地震売買に止まらず、正当なる殊に善意成る売買も亦悉く本法の打撃を蒙り、……著しく既成の法律秩序を破壊し、引いて経済界に容易ならざる動乱を及ぼすに至るべく、斯くては地震売買を抑制せんとして却て社会を賊するの結果を召く」ことになってしまう。だが、「立法者が特に明文を設けずして本法に斯かる重大なる効果力を賦与するの精神を寓するものと解するは、是即、立法の呼声に過重して法律解釈の経路を逸するものと云はざるべからず」。ただし、借地権それ自体については、建物保護法の施行後に生じたものに対してしか同法が適用されないとすると、「本法の精神は殆んど滅却せらるるに至らん」。したがって、「本法に特別の規定なしと雖も、立法の事情と法律の趣旨に徴し、本法は旧来の借地権にも亦其適用を生ずるものと解するなり」。

<sup>228</sup> 大判明治42年11月12日・民録15輯905頁。

<sup>229</sup> 本件のXは以前からの土地所有者であり、借地権者Yとの関係では第三者に当たらないようにも思えるが、判例（大判明治39年2月6日・民録12輯174頁）では、「地上権譲渡の法律行為の当事者に非ざる者は、総て之を第三者と称すべきもの」とされているため、Xは第三者に当たる。

<sup>230</sup> 池田寅二郎「建物保護法の遡及効」法学協会雑誌27号（明治42年）1271-1273頁。

こうした学説上の見解と比しつつ大審院判決をみると、確かに、借地権者との関係では建物保護法がその保護を目的とすることを考慮して適用範囲を広く解したが、それによって権利が制限されてしまい得る土地所有者との関係では、第三者の既得権侵害とならないように不遡及原則に基づき適用範囲を制限した。学説と判例とで結論は同じであるが、大審院は立法目的のみを考慮したわけではなく、また、土地の買主が善意であったか否か<sup>(231)</sup>も考慮しておらず、理由づけが若干異なるのであった。

とはいえ、第一判決は、土地所有者が「既得の権利を害せられ不測の損害を蒙る」ことがないように保護すべき理由として、「同法施行以前に於て第三者の地位に立ちたる」ことを挙げたが、そこでの既得権や第三者性のとは何であったのか、必ずしも明らかではない。土地所有者の保護が問題となっているため、土地所有権のようにも思われるかもしれない。だが、建物保護法の前後において土地所有者は同じままで地上権者にのみ変更があった事案において、そうした場合でも土地所有者は第三者であると解されるにもかかわらず、第二判決では、建物保護法の適用が認められた。そのため、所有権者それ自体が既得権とされたわけではない。そうすると、第一判決における「既得の権利」とは、土地の売買契約に関する債権であったのかもしれない<sup>(232)</sup>。

## 第二項 対立の契機——利息制限法

利息制限法（明治 10 年 9 月 11 日太政官布告第 66 号）は大正 8 年に 2 条が改正され、契約上の利息の上限利率が概ね 5% 縮減された（大正 8 年 4 月 10 日法律第 59 号、同年 5 月 1 日施行）。だが、改正法には、適用範囲について経過規定が置かれなかった。そのため、改正以前に生じた

<sup>231</sup> 「地上権ニ関スル法律」（明治 33 年 3 月 27 日法律第 72 号）には、地上権者はその登記をすることによって第三者に対抗し得ると規定するとともに（2 条 1 項）、「前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ権利を害スルコトナシ」（同 2 項）という規定があった。だが、建物保護法に同旨の規定はなかった。

<sup>232</sup> なお、山中静次『建物保護法釈義』（巖松堂、明治 44 年）13-23 頁は、建物保護法 1 条 1 項の「第三者」を「本法施行以後に於けるもののみに限局せらるるもの」とすることで、施行前に土地所有者に変更があった場合には同法は適用されず、登記のない借地権者は新所有者に対抗できないと解した。この見解は第一判決を説明することができるが、「第三者」の解釈が判例と異なっている（判例は前注 229 を参照）。この点、山中は、「大審院判決は本文卑見と反対なり」と述べるに留まる。

また、西村信雄「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察」関西大学研究論集 3 号（昭和 10 年）51-52 頁は、次のように述べる。「本法が特に〔遡及効を認める〕明文を置かなかった所以は、旧法即ち民法の原則的規定より生ずる法律効果そのものが一般的に不当なるにはあらずして、偶々かかる法律効果が不当な目的の為に悪用されたるに過ぎず、従って若し本法施行前に土地所有権を譲受けて第三者の地位に在りたる者に関し本法を適用するときは、第三者の既得権を却って不当に侵害する虞があるからである。要するに本法の意思は、かかる悪用の途を将来に向って根絶し得れば足れりとし、既往に於て完全なる（即ち借地権の負担なき）土地所有権を取得せる第三者の利益を犠牲に供してまで借地権者を保護する必要を認めなかったものと解すべきである」。本文の第二判決については、遡及効を認めたものだが、「此の場合に付き本法を適用するも既得権尊重の理想に遠ざかる虞少しと考へたからに外ならない」、と位置づける。

しかし、本文で述べたとおり、第二判決では土地所有者であること自体には既得権が認められなかったと解されるが、そうであるとする、西村の見解では判例を説明できない。

債権であっても改正後においては改正法の上限利率が適用され、それを超える分の利息は請求し得なくなるのか、が問題となった。

改正利息制限法の時間的適用範囲をめぐることは、下級審・大審院・学説のそれぞれが異なる理解を示した。ここでの議論を通じて、法律の不遡及原則についての大審院と学説の相違は明確になり、決定的に対立することになるのであった。

### 1. 大審院判決

まず、大審院は、不遡及原則にしたがい、改正利息制限法はその施行後になされる契約に対してのみ適用されると判示した<sup>(233)</sup>。

「明治 10 年太政官布告第 66 号利息制限法第 2 条は、大正 8 年 4 月法律第 59 号を以て改正せられ、本件の如き元金 100 円以上 1000 円未満の金額に付ては、之が利息の歩合は 1 ヶ年 100 分の 12、即ち年 1 割 2 分以下となりたりと雖も、同法には之が制限を旧法施行当時に約定したる利率にも適用する旨の規定あることなく、而かも法律は既往に遡らざるを原則とするを以て、該改正法律たる新法は其施行以後に約定する利率に対して始めて適用あるものにして、旧法施行当時に契約したる利率に付ては、仮令其利息の発生が新法施行以後に係り其歩合が新法所定の制限利率に超過したるときと雖も、依然として其効力を有するものと解釈せざるべからず。果して然らば、約定利率を標準として定むべき所謂遅延利息に付ても亦、従来の約定利率により其金額を算定するを以て当然なりとす。」

このように、大審院は、建物保護法の事例と同じく、特別の明文規定がない限り「法律は既往に遡らざるを原則とする」ことを確認した上で、「新法は其施行以後に約定する利率に対して始めて適用ある」と解した。ただ、本判決では、既得権についても、利息制限法改正の目的についても言及せず、不遡及原則の当然の帰結として、「旧法施行当時に契約したる利率」には改正法が適用されないとの結論が導かれたことが注目される。特に、建物保護法の事例では第三者の既得権を保護するために同法の適用が制限されたのだが、利息制限法の事例において第三者の保護は問題となっていなかったにもかかわらず、改正法の適用が制限されたのであった。

### 2. 下級審判決

大審院は不遡及原則を厳格に適用したのであるが、当時、改正法の適用が制限されると思ひもよらない判断であったと推察される。というのも、大審院判決の数日前に下された東京控訴院の判決は、大審院とは正反対の結論をとっていた<sup>(234)</sup>。

<sup>233</sup> 大判大正 8 年 12 月 15 日・民録 25 輯 2303 頁。なお、同旨の判決として、大判大正 9 年 12 月 2 日・民録 26 輯 1883 頁、同大正 10 年 5 月 23 日・民録 27 輯 957 頁、同大正 10 年 5 月 26 日・民録 27 輯 999 頁。

<sup>234</sup> 東京控訴院大正 8 年 12 月 8 日判決・法律新聞 1655 号 17 頁。

「〔利息制限法の改正による上限利率の引き下げの結果、〕第一審原告は、今や右新法実施前の利息損害金に付きても其制限を超過せざる範囲に於てのみ之が請求を為すことを得べきものなりと認むるを相当とす。

蓋し、新旧二法に至る或事項に付き新旧の孰れの法律を適用すべきやの問題に関し、新法施行に関する特別の規定なき場合は、新法の規定せんとする處如何に考へ、理論に依りて之を決するの外なく、絶対に遡及効を認むべからずといふ理由あることなし。

即ち、新法の内容が或事項の法律効果を定めんとするものなるときは、新法実施後に発生したる事項にのみ之を適用すべく、遡及して適用することを許さざると共に、直接に権利の内容又は範囲其ものを規定せんとするものなるときは、既往に於て発生し新法実施後に於ても尚存在せる権利に関し総て之を適用すべく、為めに其権利が或は変更せられ或は消滅せしめらるるに至るも亦実に已むことを得ざるものとす。而して新法規定の内容が此の二種の孰れに属するやは此を決すべき標準必ずしも一ならずと雖も、規定の内容が善良の風俗を維持し社会的経済的の害悪を艾除せんことを目的とする場合に於ては、既得の権利と雖も之を変更する強き効力を有するものと思ふことを得べく、即ち前示第二種の法規に属するものなりと解するを得べし。

然るに、高利即ち一定の利率以上を支払ふべき旨の契約の孰れの国の法律に於ても古来之を禁止したるところにして、其理由は、畢竟、他人の急迫に乘じ制限外の利息を取得せんとするが如き弱者に対する不当の圧迫を排除し、善良の風俗を維持せんことを目的とするものとす。大正8年法律第59号も其趣旨亦右の外に出でざるが故に、其性質前示第二種の法規に属するものなりと認むるを相当とすべく、既往に於ける利息契約より生じたる債権に付きても亦之を適用すべきこと言を俟たず。」(適宜、筆者が改行した)

このように、東京控訴院は、新法にその適用範囲についての明文規定がなかった場合において、直ちに不遡及原則を適用すべきとは考えなかった。「新法の規定せんとする處如何に考へ、理論に依りて之を決するの外なく、絶対に遡及効を認むべからずといふ理由あることなし」、というのである。そして、法律の内容についての理論的区別が判断基準とされた。すなわち、「或事項の法律効果」に関するものか、「権利の内容又は範囲」に関するものか、の区別である。

この区別は当時の民法学説に倣ったものであり<sup>235)</sup>、元を辿ればサヴィニーの所説である。

<sup>235)</sup> 鳩山秀夫『民法総則上巻』(大正7年度東大講義)(謄写版、非売品)35-38頁には、次のような記述がある。「新旧二法に亘る關係に付て新法を適用することが新法を既往に遡及せしむることになるや否や…の問題は、新法の内容により決せざるべからず。而して、此の目的の爲めに法規の内容を區別して、或事項に付て法律効果を定むるものと、或る権利に付き其内容を定むるものとの二種となすことを得」。前者は、「例えば、売買、賃借等の効果を定め、或は、成年期、時効完成、事務管理等に付て其の法律効果を定むるの法規を云ふ。其の如く法規は、その法規の効力を有する時期に於て完成せる事實に付てのみ適用さるべきこと明なる故に、新法は旧法時代に完成せる是のその事實に対して關係なく、又旧法時代に端緒を發しても新法時代に至り完成せる事實に関しては新法のみを適用すべきものとす」。後者は、例えば、地上権、永小作権、所有權の内容を定める法規のことである。「これ等の法規の直接に規定せんとするは、或る事實の効果を定めんとする處にあらずして、新法上に於ては、或る権利は一定の内容のみを有すべきことを定むるなり。故に、新法施行以後に於ては、当該権利は旧法時代に設定せられたる

ただ、利息制限法が何れに該当するかについて、東京控訴院は正面から検討してはならず、専ら、「規定の内容が善良の風俗を維持し社会的経済的の害悪を艾除せんことを目的とする」か否かが実質的な基準とされた。立法目的を考慮することにより、利息制限法の内容（少なくとも上限利率を制限する規定）は「権利の内容又は範囲」に関するものに該当すると判断したのである。そして、その結果として、「既往に於て発生し新法実施後に於ても尚存在せる権利に関し総て之を適用」すべきであるとの結論が導かれたのであった。

なお、東京控訴院が、「新法実施前の利息損害金に付きても其制限を超過せざる範囲に於てのみ之が請求を為すことを得べき」とした点には注意が必要である。というのも、過去の契約に基づき改正法施行以後に発生する利息だけでなく、施行前に生じていた利息・遅延利息に対しても改正法を適用すべきということであり、過去の法効果の変更までもが認められたのである。

### 3. 学説

学説はというと、何れも、概ね大審院判決には反対したが、東京控訴院判決を支持したわけでもなかった。契約締結が改正法施行前であったとしても、改正後に生じる利息については改正法が適用されると解したのである。ただ、その根拠づけは一樣ではなかった。

まず、利息制限法は強行法規であることから、良俗に反する行為を無効とする民法 90 条が適用されるべきとの見解があった（小島愛三郎）。良俗違反に言及する点では、東京控訴院の理由づけに近い。だが、「旧法の有効なる時期に於て既に有効に成立したる利率に関する契約の既往の効力が、新法実施に依りて、前示理由に依り其実施日より将来に無効と成る」とどまり、旧法下で生じた利息については旧法が適用されるべきと解された<sup>236</sup>。

もっとも、民法 90 条の援用には問題があった。すなわち、民法 90 条に反するか否かは契約時を基準にして判断されることであり、事情変更によって履行不能となり損害賠償や危険負担の問題が生じることはあるものの、新法が制定された後も、契約の効力それ自体

---

と否とを問はず新法に定めたる効果のみを有するものとす」。ただ、両者を「識別せるは必ずしも容易ならず。大体の標準を示さば、永く存続すべき権利に付ては法律は其の権利の内容を定むるものと解すべく、従て、上述の物権の外、父権、親権、戸主権等の親族権に付ても」、後者に該当する。「之に反して、債権の効力、内容は、之れを其の発生原因たる事実即ち所謂法律要件の効果と解すべく、従て、旧法時代に完成せる法律要件が如何なる債権を生ずべきかは、之れを旧法に従ひ決すべし」。

同じように指摘する文献で、大正 8 年の大審院判決より以前のものとしては、参照、鳩山一郎『民法総論前編』（巖松堂、大正 5 年）72-75 頁、それ以後のものとしては、参照、嘉山幹一『民法総論』（巖松堂、大正 9 年）33-34 頁、法律評論 8 巻（大正 15 年）諸法 481-487 頁。

もっとも、こうした見解が説かれたのは大正の一時期に限られる。鳩山秀夫も、大正 9 年の講義においては解説を改めており、「旧法時代に完了したる生活現象に対しては同法を適用し、新法時代に尚ほ継続せる生活現象に付きては新法時代に尚ほ著しき効果を生ずべきもの（例へば婚姻）に対しては新法を適用し、然らざるもの（例へば契約）には旧法を適用するものと云ふ可し」と述べるに留まった（『民法総則』（大正 9 年度東京帝国大学講義）（非売品、大正 12 年）22 頁）。『民法総則上巻』（国文社、昭和 3 年）14 頁も、同じ記述。最終的には、不遑及原則に触れつつも、非常に簡潔に、「〔民法施行〕以前に生じたる事項に関して民法が如何なる効力を有するかは、民法施行法之れを定む」と述べるだけとなった（『日本民法総論〔増訂改版〕』（岩波書店、昭和 5 年）11-12 頁。

<sup>236</sup> 小島愛三郎「改正前の利息制限法と年二割の利息」法学新報 30 巻 10 号（大正 9 年）98-103 頁。

は有効なままである、という批判である。そして、「明文なきを以て遡及効なしと解する能はず宜しく、法規の性質を探究して解釈せざるべからざる」という立場から、特に債権法に固有の考察の結果として、「改正法実施前に生じたる利息には旧法を適用し、改正法実施後は新法により利息の範囲を定むべき」と解された<sup>(237)</sup>。

次に、利息制限法の目的を考慮すべきという見解もみられた(菅原眷二)。すなわち、「利息制限法改正規定第2条が旧法を変更して利息の最高率を減縮したるは、畢竟旧法施行当時の事情の下に於ては旧法の定むる最高率を以て適当となしたるも、其後社会的事情の変遷したる新法実施後に於ては其利率を限縮低減するに非ざれば到底利息制限法制定の目的を達すること能はずと認めたるに由るものと解せざる可らず」。したがって、「仮令利息の約定が旧法施行当時になされたとときと雖も、新法実施後の効力は新法に依りて之を定むると同時に、新法実施以前の効力は旧法に依りて之を決定するを以て立法の精神に適合するものと謂はざるべからず」。そして、このように過去の事実に対して新法施行後は新法を適用することは、ドイツ法学説に依拠して、間接的ないしは弱い遡及効を認めるものであると性質づけられた<sup>(238)</sup>。

法律の時間的適用範囲の画定のために立法目的を考慮することは、おそらく、ドイツ法学説を参照する論者にあっては広く共有された見解であったと思われる。大審院も、建物保護法の事例において、借地権者の保護という立法目的を考慮することで、法律施行以前から存在する借地権に対しても同法を適用すべきと解していた。しかし、利息制限法の実例において、大審院は、立法目的を全く参照せずに不遡及原則にのみ依拠した。そのため、大審院判決は「極めて形式論理的であって、傾聴に値しない」<sup>(239)</sup>、とまで批判する者もいた。

#### 4. 我妻栄

利息制限法の適用範囲に関する諸学説の中において最も注目されるのは、我妻栄の見解である。遡及の有無については法律の規律対象を区別すべきであり、その結果として、過去に締結された契約に対して改正法を適用しても遡及とはならない余地があると説いたのである。

<sup>237</sup> 法律評論9巻諸法516-523頁。本文の結論は、次のような理由に基づくものであった。すなわち、「債権の履行は、事実上及び法律上履行可能なることを要する……。而して、利息制限法の改正により一部利息の範囲を制限せらるるに到りたるものなれば、法律に基く一部履行不能となりたるものと謂はざるべからざるを以て、改正法実施後は、新法により利息の範囲を定めざるべからず」。「利息を出すべき基本的債権と、時の経過に従って生ずる利息債権とは異なり、二者各別個の事由により履行不能となり得るものと謂はざるべからず。而して、基本的債権が履行不能となりたるときは其時より利息は発生し能はざるに到るは、従たる性質上当然なるも、既に生じたる利息債権は当然に消滅すべきものにあらざ」。「又、利息制限法の目的は、其法規施行期間内に制限以上の利息の発生を禁止せんとするものなれば、其範囲内に於て利息の発生不能となりたるものと解するに妨げなし」(521-522頁)。

<sup>238</sup> 菅原眷二『民法判例批評第1巻』(弘文堂、大正13年)137-145頁。

<sup>239</sup> 西村・前掲「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察」48頁。

「利息制限法を以て単に利息契約の効力を制限したものと解すれば、旧法時の契約は原則として何等の影響を蒙らずと云ふことも出来やうが（之れは不遡及の原則である）、反之若し、制限法を、現在の法律状態を規律するものとなせば現に発生する利息は悉く制限を受けるものと見るのが至当なこととなるのである。（之れは法律に遡及効を認むることではない）。」<sup>(240)</sup>

このように、契約の効力すなわち契約締結の有効性と、契約に基づく現在の法律状態すなわち契約による効果の発生とが区別され、法律の規律対象が何れであるかに応じて、遡及の有無の判断が異なってくる、というのである。ここでは、契約を締結した過去と、それに基づく法効果が生じる現在とが区別され、新法が何れを規律するものであるかが問題とされているが、こうした問題設定は、上記の意味での過去と現在とに時間的な隔たりのある場合を意識することで初めて成り立つ。つまり、継続的な法関係に対する新法適用の可否が論じられているのである<sup>(241)</sup>。

そして、我妻としては、利息制限法は「現在の法律状態」を規律するものであるため、その改正以前の契約に基づく利息について改正後は改正法の上限利率を適用するとしても、そこに遡及効は見出されないと解した。では、この区別はどのように判断されるのかというと、「法律の有する使命」を考慮すべきとされる。というのも、「利息制限法の如きは、その施行の日から制限外の利息の発生することを全然阻止するものと解すべきではなかろうか。之れ或ひは契約締結当時之を予期しなかった債権者に酷なることとなるかもしれない。然し此の法律の効力を茲まで及ぼさねば其意義が少ないのではなからうか」。結局のところ、我妻も法律の時間的適用範囲を決めるために立法目的を考慮しており、この点に限れば他の論者と径庭はない。それどころか、立法目的と規律対象とは必ずしも対応するわけではないように思われる。

ただ、それでも我妻が注目されるのは、立法目的から直ちに法律の適用範囲を導くことはせず、法律の規律対象の区別という媒介論理を導入したことである。そうすることで、過去に生じた法関係であっても継続していれば新法を適用すべき場合があり得ることを主張した。それは、当時の学説が、一方では遡及の意味を厳密化するとともに、他方では法律の適用範囲をできる限り広めようとしていた傾向とも一致するのであった。

<sup>240</sup> 我妻栄「判批」法学協会雑誌 40 巻 1 号（大正 11 年）141-143 頁。

<sup>241</sup> 本文で先に引用した説示と同じことが、後には次のように説明されており、我妻の意図を知る上で参考になる。「借金の契約とか借地・借家の契約などのように、法律関係が後々まで継続するものについて、その関係を制限する法律が制定された場合には、契約すること自体を制限する趣旨か、契約から生ずる法律効果を制限する趣旨かによって、結果が違ってくる。後の場合には、その法律が効力を生ずる以前に契約されたものについても適用される。これは遡及効を認めることではない」（我妻栄『新版民法案内Ⅰ』（一粒社、1967 年）140 頁）。つまり、本文引用における「契約の効力を制限」とは、「契約すること自体を制限する」ことであり、また、「現在の法律状態を規律する」とは、「契約から生ずる法律効果を制限する」ことのようなのである。なお同旨、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965 年）23-24 頁。



## 第二款 経過規定の解釈をめぐる学説間の対立

---

前款で検討した建物保護法や利息制限法には、経過規定がなかった。そのため、法律はその施行前に生じた事実に対して適用されるのか否か、また、その施行前から施行後にまで継続する法関係に対して適用されるのか否か、が問題となった。経過規定がないこと自体に何らかの立法者意思が反映されている可能性は否定できないが、結果的には、法律の時間的適用範囲をめぐって裁判紛争が生じてしまい、それを通じて判例が形成された。

これに対して、戦前にも、経過規定によって法律の適用範囲が整理された例は多くみられる。そうした場合には、適用範囲をめぐって議論になるとしても、問題は経過規定の解釈へと向かうことになる。法律の不遡及原則は立法者を拘束するものではないと解されていた当時において、法律の明文規定を覆すことはできない。もっとも、法律不遡及が解釈原則として意味を持ち得るとすれば、経過規定の解釈においても不遡及原則は無関係ではない。そこで、以下では、経過規定の意味を学説はどのように理解したのかを検討する。

### 第一項 適用対象と法効果の発生時期——借家法・借地法

借家法（大正 10 年 4 月 8 日法律第 50 号、同年 5 月 15 日施行）は、1 条 1 項において、「建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シ其ノ効力ヲ生ス」と規定した。第三者に対抗し得るために、建物保護法では建物の登記が必要であったが、借家法では、「建物ノ引渡」さえあれば十分となった。ただ、この法律の施行前になされた賃貸借に対しては、建物保護法の事例での大審院判決にしたがうならば、不遡及原則のために借家法を適用できないと解される可能性があった（少なくとも、施行前に土地所有者に変更があった場合には、新所有者の既得権保護のため、借家法が適用されないこととなる）。それでは、以前からの借家人が保護されなくなってしまうため、不遡及原則の例外を認めるために、次のような規定が置かれたのであった。

11 条 本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス但シ本法施行前ニ賃貸人ノ解約ノ申入アリタル場合ニ於テハ賃貸借ハ既ニ経過シタル期間ヲ算入シ六月ヲ経過スルニ因リテ終了ス

#### 1. 借家法の遡及効

このように、借家法の時間的適用範囲については、11 条が明文でもって規定をした。そして、借家法の制定当時、11 条は借家法に「遡及効」を認めた規定であると説明された<sup>(242)</sup>。

---

<sup>242</sup> 参照、中央建築物研究会編『解り易キ市街地建築物法借地法借家法解義』（極光社、大正 10 年）85 頁、筒江保『借家法早わかり』（借家法早わかり社、大正 10 年）23-24 頁、富沢効『誰にもわかる借地法借家

下級審判決には、おそらく建物保護法の事例での大審院判決にしたがい、遡及効を否定して、借家法施行後に建物の所有権が変更された場合に限り適用があると判断するものがあった<sup>(243)</sup>。だが、大審院は、11条に根拠にして、借家法には遡及効があることを認めた（借家法は、現在でも遡及立法の例として取り上げられることがある程に有名である）。

「〔借家法〕は大正10年5月15日より施行せらるるものなりと雖も、其第11条には『本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス』と規定しあるを以て、既往に遡及するの効力を有すること明かなり。故に、同法施行前に建物の賃貸借契約を為し其引渡を受けたる賃借人と雖も其賃貸借の依然存続する限りは、前示第1条第1項に依り、同法施行前其建物に付き所有権其他の物権を取得したる第三者にも其賃貸借権を対抗することを得べきものとす。」<sup>(244)</sup>

当時、学説の大半は、借家法に遡及効が付与されたことを支持したと思われる。例えば、穂積重遠によれば、「借家法は……借家人を保護する規定故、遡及効を認めなくては其趣旨が徹底しないのではあるまいか。斯う云ふかなり思い切った規定を設けながら即時施行せず且遡及効を認めないと、賃貸人が施行前に建物を第三者に譲渡し（又はそれを仮装し）て賃借人を追立てることが濫行されるかも知れない」<sup>(245)</sup>。また、結論としては同様に、恩田武市によれば、「借家法は、其立法の主旨、現今の借家関係の実情に鑑み、都市に於ける借家

---

法註釈』（島鮮堂、大正10年）80頁、鳩山秀夫『日本債権法各論下巻〔増訂〕』（岩波書店、大正13年）508頁。

なお、表現の仕方の問題に過ぎないのかもしれないが、遡及効を認めるとは述べて、「本法施行の日からは、総て本法の規定に因って取扱はれるのである」（富田貞男『新令借地法借家法解説』（奎文堂、大正10年）143頁）、「現在の借家人にも此の法律を適用して……」（通俗法学普及会編『通俗借地法借家法注釈講義』（通俗法学普及会、大正10年）163頁）と述べる文献もあった。

<sup>243</sup> 東京地判大正10年10月29日・法律評論10巻諸法389頁では、「〔借家法11条によれば、〕借家法施行前に於て建物の所有権を取得したる場合にも〔1条の〕適用あるが如しと雖も、若し然りとせば、借家法に依る賃貸借権の対抗に関し全然善意にして且無過失なりし新所有者の権利を制限し、之に不測の損害を蒙らしめ、法律生活の安固を害するに至るべきを以て、前記規定は借家法施行期日以前に於て物権を取得したる者に対しては其適用なく、単に右期日後に於ける物権の主体の変更ありたる場合にのみ適用あるものにして、此場合には施行期日前に為したる賃貸借にも亦之を適用する趣旨と解するを至当とす」と判示された。

また、同じように、東京地判大正10年10月29日・法律評論10巻諸法405頁も、「借家法は其施行以前に建物所有権の移転したる本件の如き場合に其適用あるものと解し難く……」と判示した。

<sup>244</sup> 大判大正10年10月29日・民録27輯25巻1756頁。同旨、大判大正10年12月10日・法律新聞1944号17頁、大判大正14年3月12日・法律評論14巻民法322頁。

事案は、次のとおりであった。建物の所有者である訴外Aは、被告Yに対して当該建物を賃貸し、Yはその引渡を受けるとともに賃料を滞りなく支払ってきた。だが、その後、Aは賃貸した建物からYを立ち退かせようと欲したが、正当な理由がなかった。そこで、賃貸期間中にもかかわらず原告Xに対して当該建物を売却し、Xは大正8年に登記をなした。そして、Xは、Yに対して、Yが当該建物を不法に占有していると主張して、その明渡を請求したのであった。

請求の時点では借家法が制定されておらず、そのため、原審（借家法施行前の大正10年1月29日判決）では、「右家屋の賃借権が債権にして物権にあらざることを明白なるを以て、民法第605条に則り、之が登記を為さざる限り第三者たる〔X〕に対し其賃貸借知了の有無を問はず之を対抗し得ざるものと謂ふべく」という理由で、Xの請求が認容された。しかし、その後に借家法が施行されたことから、上告審においてYがその適用を主張したところ、大審院は主張を容れて、Xの請求を棄却したのであった。

<sup>245</sup> 穂積重遠「判批」法学協会雑誌40巻4号（大正11年）185-186頁（判例民事法大正10年度477頁）。

関係を明確にし、因って建物所有者の権利を確保すると同時に、賃借人を保護せんとするに在るを以て、従来事毎に紛争を生じたる借家契約上の法律関係を確定することを其使命とす。果して然らば、此目的の為には、借家法実施の前後を問はず、等しく借家法を以て統一的に其法律関係を規律するの要あり」<sup>(246)</sup>。

このように、借家人の保護を基調としつつ、駆け込み対策や脱法行為の防止のためや、借家関係の明確化を図るために、遡及効は正当化されたのである。

## 2. 薬師寺志光の不遡及論

これに対して、11 条規定を前提としながらも、借家法の不遡及を主張して判例・学説を批判したのが、薬師寺志光であり、その問題意識が注目になる<sup>(247)</sup>。すなわち、「本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス」(11 条)と定められているとしても、「借家法の遡及効を定めたものか、将た不遡及効を定めたものかは、法文の字句だけからは、到底解決することが出来ない」、というのである。

勿論、薬師寺の解釈態度については、他の規定例との関係からの批判があった。穂積重遠によれば、借家法 11 条が遡及効を認めない趣旨であるならば、例えば民法施行法 68 条のように、「民法施行前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組ト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル効力ヲ生ス」という書き方になるはずだが、11 条は、むしろ、民法施行法 18 条 1 項「民法第 30 条及ヒ第 31 条ノ規定〔注、失踪宣告に関する規定〕ハ民法施行前ヨリ生死分明ナラサル者ニモ亦之ヲ適用ス」のような書き方であるため、遡及効を認める規定であると解すべきである。

こうした批判に対して、薬師寺は、民法施行法 18 条 2 項では、「民法施行前既ニ民法第 30 条ノ期間ヲ経過シタル者ニ付テハ直チニ失踪ノ宣告ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ失踪者ハ民法ノ施行ト同時ニ死亡シタルモノト見做ス」と規定されており、施行前に生じた事項について施行日から民法を適用することとなっているため、2 項と合わせて合理的に解釈するならば、18 条も不遡及の規定であると反論した（そもそも、民法施行法の他の規定や商法施行法をも検討して、施行法には、文字どおりの遡及効を認めた規定は殆どないと理解されている）<sup>(248)</sup>。

薬師寺の法解釈方法論には、条文の規定ぶりを重視すべきではないという前提があったが<sup>(249)</sup>、何れにしても、民法施行法 18 条の解釈からすると、薬師寺は、法律の適用対象と法効果の発生時期とを区別し、かつ、遡及効の判断基準を法効果の発生時期としていたよ

<sup>246</sup> 恩田武市『借家法論』（清水書店、大正 11 年）14-15 頁。

<sup>247</sup> 薬師寺志光『民事判例研究』（巖松堂書店、大正 14 年）416-438 頁（初出である法学志林 24 巻 9 号（大正 11 年）60 頁以下の加筆修正）。なお、同『借地法借家法論』（清水書店、大正 12 年）146-148 頁も同旨。なお、薬師寺志光については、安達三季生「薬師寺志光先生の人と業績」法学志林 82 巻 2 号（1985 年）95-99 頁。

<sup>248</sup> 薬師寺・前掲『民事判例研究』422-423 頁。

<sup>249</sup> 「法文の『書き方』などに囚われて其規定の実質を閑却してはならない。偶々或法文の『書き方』が他の法文に似て居たからとて、全く其实質を異にする場合に於ては、類似の解釈に依るを得ない」（同上 417 頁）。

うに思われる（ただ、薬師寺自身はこの区別を意識的に述べてはいない）。そのため、過去の事実に対して法律を適用するとの規定があっても、それだけでは、なお、時間的効力について解釈の余地があると考えたのであろう。然るに、借家法 11 条には法効果の発生時期についての規定はなかったのである。

こうした場合、薬師寺としては、遡及効と将来効（現に存する事項に付ては新法施行前に生じたものであっても新法を適用する）との選択があり得るところ、その選択は「孰れの価値判断が正しいか」を衡量することによって判断すべきと主張する<sup>(250)</sup>。そして、遡及効は否定されたが、将来効は認めるべきであると解された。すなわち、遡及効を認めてしまうと、「旧き法律秩序に信頼し、之に基づきて完全に取得せられた所有権又は担保物権が、借家法の施行に依り、賃借権に依って制限せらるるに至り、既得権の剥奪となること明である」。確かに、借家法施行前の借家人は、気の毒な地位にあったかもしれない。だが、既に判例により、借家人のいる家屋を購入した者が直ちに明渡を請求することは権利の濫用として禁止されていたし<sup>(251)</sup>、他人を追い出すために家屋を購入した者が明渡を請求することは不法行為となり得た。つまり、借家人は「極端にいぢめられて居た訳ではなかった」。したがって、借家人の保護よりも、「法律生活の安全」「法律を信頼したる第三者の既得権」を優先させるべきである<sup>(252)</sup>。

ただし、遡及効が否定されるべきであるとしても、「新しき理想の上に築かれたる法律は、過去の法律生活を攪乱しない限り、将来に向て世の一切の事物を支配するを理想とする。此の理想の前には、既得権も跪かねばならぬ」<sup>(253)</sup>。そして、「借家法の理想は、……経済上の弱者を強者の圧制から救済しようと云ふに在る」ことから、借家法の施行後においては、それ以前の賃貸借であっても同法が適用されるべきである、と解したのであった<sup>(254)</sup>。

### 3. 遡及適用と遡及効

薬師寺は法効果がその施行以前に生じる（と見なされる）ことを遡及効であると考えていたように思われるが、こうした理解は、明治期に著された『法例』での記述に通ずるところ

<sup>250</sup> 同上 418 頁。遡及効を認めるためには、「前代に於ける法律信頼並に其上に築かれたる権利乃至利益を犠牲にしてまでも救はなければならぬより高い評価を要求する他の利益がなければならぬ」（同上 419 頁）。あるいは、「新法が現在の法律生活を支配するに二つの方法がある」。すなわち、一つは、「新に生ずる事項に付てのみ新法を適用し、新法施行前に生じた事項に付ては新法を適用しないと云ふ方法」であり、いま一つは、「現に存する事項に付ては総て新法を適用すると云ふ方法即ち新法施行前に生じた事項に付ても将来に向て新法を適用すると云ふ方法」である。何れによるべきかは、新法の適用によって「世の法律信頼に裏切り既得権乃至既得利益の剥奪を生ずるの弊害」よりも、新法を適用すべき理由があるか否か、によって判断すべきである（同上 420-421 頁）。

<sup>251</sup> 薬師寺は判例を明示していないが、西村・前掲「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察」によれば、大判大正 9 年 9 月 4 日・民録 26 輯 1240 頁が挙げられる。判例は、借家が底をついている当時の状況において借家人が短期間で新たな借家を見つけることは到底不可能であるから、借家人が居住していることを知りながら当該家屋を購入した者による明渡請求を直ちに認めるべきではなく、むしろ、購入者にはその家屋を引き続き賃貸するとの意思を有していたものと認めるべきであるとした。

<sup>252</sup> 薬師寺・前掲『民事判例研究』434-435 頁。

<sup>253</sup> 同上 433 頁。

<sup>254</sup> 同上 435 頁。

がある。だが、既にみたとおり、大正以後の『法学通論』では、法律の施行以前の事実に対するその適用をもって遡及効であると理解されるようになった。

確かに、施行前に契約が結ばれた賃貸借について借家法を適用すると規定することは、同法に遡及効を認めるものと解さざるを得ないであろう。そうでないと、常に、適用対象および法効果の発生時期についての二重の規定が必要になってしまう。通常は、遡及適用が認められている場合、そこには遡及効が伴うものと見なしてよく、一方について規定があれば他方をも意味していると解すべきであると思われる。ただ、遡及適用であっても法効果が遡及しないこともあり得るので、注意が必要であろう<sup>(255)</sup>。

#### 4. 借地法の経過規定の解釈（補足）

なお、借家法と同時に制定された借地法（大正10年4月8日法律第49号、同年5月15日施行）も、「前条ニ規定スルモノヲ除クノ外本法施行ノ際現ニ存スル地上権又ハ賃借権ニシテ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付亦本法ヲ適用ス」と規定していた（18条）。

この規定に関しては、「現ニ存スル」の意味が一応問題となった。この点、大審院は、借地法の施行前に成立して施行後も存在している借地権で、存続期間に関する特約（3年ないし4年）が借地法2条（原則として30年）よりも著しく短かった場合につき、借地法を適用してこれを無効と判断した<sup>(256)</sup>。つまり、借地権の設定が借地法の施行前であっても、施行の時点において現存している限りは同法が適用されることが認められたのである。ただし、現存していることが必要であるため、「〔借地〕法施行以前既に消滅したる地上権又は賃借権に〔同法が〕適用せらるべきものにあらざること、同法第18条の解釈上明かなり」と解された<sup>(257)</sup>。

18条は「本法施行ノ際現ニ存スル地上権又ハ賃借権」にも借地法を適用すべきと規定しており、これをめぐる実際の問題は以上に尽きることから、18条は借地法の時間的効力につき何を意味するものなのかという理論的問題が論じられる機会はなかった。これは遡及効を認めた規定であると述べる論者は、僅かであった<sup>(258)</sup>。

<sup>255</sup> 日本の現行法制における「遡及適用」の意味については、序章の「2. 概念整理」で検討した。

<sup>256</sup> 大判大正12年12月8日・民集2巻655頁。評釈として、末弘嚴太郎「判批」法学協会雑誌42巻12号（大正13年）211頁。

<sup>257</sup> 大判大正11年2月1日・民集1巻10頁。評釈として、我妻栄「判批」民法判例研究会『判例民法大正11年度』14-18頁。

訴外Aは原告Xの所有する土地を借りてそこに建物を建て、その後、大正9年2月21日、被告Yが、Aから建物と土地賃借権とを譲り受けた。そうした中で、Xは、Yに対して、本件土地の占有・使用は不法であるとして土地明渡を請求した。これに対して、Yは、借地法施行後の大正10年9月6日にXに対して借地法10条に基づき家屋の買取請求をしたため、本件建物はすでにYの所有であると反論した。ただ、Yが譲り受けた賃借権は大正9年3月25日に消滅していた。然るに、大審院は、本文引用の判決をした上で、Xの請求を認容したのであった。

なお、借地法10条は、「第三者カ賃借権ノ目的タル土地ノ上ニ存スル建物其ノ他賃借権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ取得シタル場合ニ於テ賃貸人カ賃借権ノ譲渡又ハ転貸ヲ承諾セサルトキハ賃貸人ニ対シ時価ヲ以テ建物其ノ他借地権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得」という規定である。

<sup>258</sup> 中央建築物研究会編・前掲書61頁によれば、18条は「其効力が遡及すべきことを明規したのである」。

## 第二項 遡及効の範囲をめぐって——身元保証法

「身元保証ニ関スル法律」(昭和8年4月1日法律第42号、同年10月1日施行)は、「引受、保証其ノ他名称ノ如何ヲ問ハズ期間ヲ定メズシテ被用者ノ行為ニ因リ使用者ノ受ケタル損害ヲ賠償スルコトヲ約スル身元保証契約」(1条)について、膨大な賠償責任を負わされるおそれのある保証人を保護するために制定された。すなわち、契約期間は原則3年間で(1条)、5年を超えることができない(2条1項)。保証人には一定の場合に契約解除が認められ(4条)、使用者は解除事由<sup>259)</sup>が発生した場合には保証人に通知する義務がある(3条)。そして、「裁判所ハ身元保証人ノ損害賠償ノ責任及其ノ金額ヲ定ムルニ付被用者ノ監督ニ関スル使用者ノ過失ノ有無、身元保証人ガ身元保証ヲ為スニ至リタル事由及之ヲ為スニ当リ用キタル注意ノ程度、被用者ノ任務又ハ身上ノ変化其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌ス」(5条)、また、「本法ノ規定ニ反スル特約ニシテ身元保証人ニ不利益ナルモノハ総テ之ヲ無効トス」(6条)とされた。

こうした身元保証法にも、借家法と同じく、次のような経過規定が置かれていたのであった。

附則2項 本法ハ本法施行前ニ成立シタル身元保証契約ニモ之ヲ適用ス但シ存続期間ノ定ナキ契約ニ付テハ本法施行ノ日ヨリ之ヲ起算シ第一条ノ規定ニ依ル期間其ノ効力ヲ有ス存続期間ノ定アル契約ニ付テハ本法施行当時ニ於ケル残存期間ヲ約定期間トス若シ此ノ期間カ五年ヲ超ユルトキハ之ヲ五年ニ短縮ス

### 1. 問題の所在

このように、身元保証法は、「本法施行前ニ成立シタル身元保証契約」に対しても適用されると規定され、遡及効が明文で認められた。

これは借家法と同じであり、そこでは、「本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス」と規定されていた。そして、こうした場合における遡及効の範囲について、実は、大審院は「其賃貸借の依然存続する限り」という限定を認めていたのである。借地法でも同じように適用範囲が限定されたが、この場合は、「本法施行ノ際現ニ存スル」ものに対して適用されると規定されていたため、当然の限定であった。だが、借家法では遡及効の範囲に関する明文上の規定はなかったにもかかわらず、大審院は一定の限定を認めたのである。

---

また、三瀧信三「借地法案批評」法学協会雑誌36巻5号(大正7年)701-720頁(714頁)は、借地法の法案に対する指摘ではあるが、「法の効力不遡及の原則に対して一大例外」を認めるものであると理解していた。

<sup>259)</sup> 「被用者ニ業務上不適任又ハ不誠実ナル事跡アリテ之ガ為身元保証人ノ責任ヲ惹起スル虞アル」場合(3条1号)、および、「被用者ノ任務又ハ任地ヲ変更シ之ガ為身元保証人ノ責任ヲ加重シ又ハ其ノ監督ヲ困難ナラシムルトキ」(3条2号)。

ここでは、明文規定により認められた遡及効は過去のどこまで及ぶのか、あるいは、遡及効は何を帰結するのか（借地・借家法の事例であれば、その遡及効は既に消滅した法関係にまでも及ぶのか）、が問題となっていた。身元保証法をめぐる、やはり、同じような問題が生じた。この点、僅かに、上記附則の但書が、本則の1条と2条に関して手当をするだけであった。そのため、それ以外の場合、例えば、保証契約の解約事由が既に生じていた場合、保証契約が既に終了していた場合、賠償責任が既に発生していた場合などにつき、身元保証法が遡及適用されるのか否かは、不明なままなのであった。

## 2. 学説の対立

身元保証法の遡及効の範囲をめぐる、当初、学説に対立があった。

第一に、施行前に成立した身元保証契約に対する身元保証法の遡及適用には制限ないし限界があると説かれた（吉川大二郎）。すなわち、第一に、「本法施行前に成立せる身元保証が少くとも本法施行当時に於て猶存続していることを要する。換言せば、右附則の趣旨は本法施行前に成立せし身元保証中其の施行当時既に消滅に帰したのものにも本法の適用を遡及せしむることまでを是認するに存するのではない。而して、このことは当該保証事件の裁判所に於ける繫属の有無に依って毫も左右さるべきでないことは固より言を俟たない」。第二に、「本法施行前に成立し且其の施行当時存続せる身元保証と雖も、本法第3条又は第4条の適用に付ては夫々右各規定所定の通知義務又は解約権の発生事由が本法施行後に生じたることを要し又第5条の適用に付ては当該具体的保証責任が本法施行後に発生したことが必要である」<sup>(260)</sup>。

こうした見解は、借家法に関する葉師寺の不遡及論に通じるところがある。例えば、上記引用では、施行以前の契約にも身元保証法が適用されとしても賠償責任が施行後に発生するのでなければ5条は適用されないと説かれているが、これは、適用対象は過去に締結された契約にも及ぶとしても、法律の効力は施行日からしか生じないことを前提としている。つまり、実質的には、遡及効を認めていないか、少なくとも制限している。だが、そのように解する理由については、「[1条と2条以外の]規定の内容と附則とを対比考察し、之を統一的に理解するならば」と述べるだけであった。なお、下級審では、こうした立場をとるものが多かったことは確かである<sup>(261)</sup>。

これに対して、第二に、まったく正反対の見解をとる論者もいた（西村信雄）。すなわち、附則2項では「本法施行前ニ成立シタル」契約にも適用すると規定するにとどまり、「契約が本法施行前に終了せる場合若くは損害が本法施行前に発生せる場合をば特に本法の適用

<sup>260</sup> 吉川大二郎「身元保証法に関する若干の法律問題（上）（下）」民商法雑誌1巻2号（昭和10年）41-51頁、同3号67-82頁（引用は2号48頁）。

<sup>261</sup> 大阪地判昭和9年11月24日・法律新聞3783号7頁。その他にも、身元保証法の施行以後の判決だが同法を適用しない下級審判決としては、大阪地判昭和9年9月13日・民集13巻1675頁、東京地判昭和9年2月15日・法律新聞3685号14頁・法律評論23巻諸法305頁、東京地判昭和9年5月30日・法律新聞3718号7頁・法律評論23巻民法1234頁。

から除外せる形跡を見出し得ない。右の規定の文言は之を一層正確に表現するならば、苟も本法施行後に於て身元保証契約に関する判決を為すに当っては恰も本法の規定〔3条から6条〕が既に従前に於て効力を有せしものとして判決を為すべし。したがって、3条所定の事由が本法施行前に発生した場合であっても、通知義務および解約権（4条）がその当時に発生したものと扱うべきであり、また、5条の斟酌すべき事情には、本法施行前に発生した事由であっても一切の事情が含まれると解すべき、というのである。その理由としては、身元保証法は強力な倫理的動機ないし文化的使命を有すること、したがって「強き遡及効」が認められるべきことが指摘された<sup>(262)</sup>。

こうした学説の対立からは窺われるのは、借家法の遡及効をめぐる既に同じような問題について大きな議論となっていたにもかかわらず、学説全体として結論が出ておらず、しかも、そもそも議論の成果も浸透していなかった、ということである。薬師寺の所説は批判されたにもかかわらず、同趣旨の見解が身元保証法に関して表明されたのであり、また、遡及効が言葉のとおり「既に従前に於て効力を有せしもの」と理解された。端的に言って、議論に進展は見られなかったのである。

### 3. 判例

学説が以上のように対立していた中であって、大審院は、次のように判示した<sup>(263)</sup>。

「身元保証に関する法律附則第2項……の意味は、同法施行当時尚存続する当該契約を指すに在るは論無しと雖、契約自体は已に消滅したるものに在りて身元保証人の賠償責任に関し現に訴訟の繫属せる以上、裁判所が同法第5条に従ひ所謂一切の事情を斟酌して以て責任の有無と限度を量定するは、決して違法と云ふべからず、否、斯かるは実に同法の命ずるところ〔である〕」。

<sup>262</sup> 西村信雄「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察——身元保証法附則を中心として」関西大学研究論集3号（昭和10年）37-66頁（59頁、61頁）。

なお、西村が身元保証法の徹底した遡及効を主張したことの前提には、「本法施行前に此契約関係を事実上支配せる規範と本法第3条乃至第5条の規定とは截然相反するものにあらざして寧ろ大部分に於て軌を同じくするものであり、従って本法を遡及的に適用するも既得権を侵害する虞が事実上甚だ少いことである」（60頁）との認識があった。身元保証法の制定前の判例・学説については、参照、西村信雄「身元保証法に就て（一）（二）（三）（四）（五・完）」関西大学学報116号（昭和9年）13-22頁、118号18-24頁、119号9-20頁、120号3-14頁、121号3-13頁（関西大学年史編纂室ウェブサイト上の「年史関係資料」において公開されている）。

<sup>263</sup> 大判昭和10年11月29日・民集14巻1934頁。同旨、大判昭和11年2月22日・法学5巻1085頁、大判昭和11年3月10日・法律新聞3968号16頁。

なお、大判昭和9年9月13日・民集13巻1675頁は、身元保証法の施行後の判決であるが、同法を適用していない。ただ、事案は、使用者が被用者との間でその信用に関する保険契約を締結していた場合における保険金の扱いに関連して、身元保証契約の内容が争われたものであった。大審院は、そうした場合において、被用者の責に帰すべき事由によって使用者に損害が生じたときは、まずは保険金を補填に充てることとし、身元保証人は、それによつては補填されない損害の残額についてのみ保証の責任があるとの約定があったと推認される、と判断した。また、この事案では、被用者が会社の売上金を横領したことにより使用者に損害が発生し、この賠償が問題となっていた。そのため、身元保証法を適用する余地がなかったか、あるいは、適用することで結論が変わるものではなかったように思われる。



このように、大審院は、原則として、附則規定の「本法施行前ニ成立シタル身元保証契約」とは「同法施行当時尚存続する当該契約を指す」と解しており、この点に限れば借家法の判例と同じ判断となっている。だが、「契約自体は已に消滅したるものに在りて身元保証人の賠償責任に関し現に訴訟の繫属せる」場合についても身元保証法 5 条を適用すべきとしており、ここでは借家法の判例と異なり、消滅した契約であっても遡及効の範囲に含まれることが認められた。この相違は、なぜなのであろうか。

確かに、借家法においては、借家人の保護とは継続的な借家関係を維持することであるため、そうした関係が既に消滅している場合、もはや保護は必要なくなる。借家関係が既に失われているとすれば、旧借家人は既に居住していないか、あるいは不法占拠となっているのであり、借家法の成立を機にして再び正当な借家人であることを認める必要はない。そのため、大審院が借家関係の存続を求めたことは、当然であった<sup>264)</sup>。

これに対して、身元保証法の適用をめぐる現実には争いとなるのは、多くが、契約内容の実現たる賠償責任をめぐることであり、大審院判決の事案もそうであった。賠償責任は特定の時点において発生するため、身元保証法の遡及効に関しては、かかる時点がその施行前であった場合に、保証人には当初の契約内容に応じた責任が生じるのか、この法律にしたがって責任の有無および内容が判断されるのかが問題となる。この場合、何れにしても、保証契約が現在にまで継続している必要がないことは明らかであろう<sup>265)</sup>。実際、保証契約が既に消滅していた事案であっても、大審院は、上記引用のとおり、身元保証法の適用を認めたのであった。

したがって、大審院においては、法律規定の対象が一回的事実であるならば、当該事実に関連する事情が既に消滅していたとしても法律の遡及効は当該事実及びことが認められたのだと考えられる。ただし、大審院が「訴訟の繫属」を求めたことから、確定判決や和解などにより事件が終結していた場合には、法律に遡及効が付与されているとしても、もはや適用し得なくなることであろう。

<sup>264)</sup> 参照、恩田・前掲『借家論』15-16 頁。曰く、「借家法実施の前に借家契約終了し賃貸借消滅したる場合に於ては、例え借家法実施後事実上建物を占有し居るとするも、其者は賃借権者に非らざるを以て、遡及効の問題を生ずることなきものとす。蓋し、借家法第 1 条第 1 項は、賃借権の存在することを前提とし、単に事実上の建物占有者に過ぎざる者に対し斯る権利を賦与するの主旨にあらざることを論ぜざる所なればなり」。

<sup>265)</sup> もちろん、常に契約関係の存続が必要であるとは限らない。身元保証法でも、継続的な身元保証関係それ自体についての新たな規律（4 条による契約解除、6 条による特約の無効）の遡及効が問題となり得るはずであり、この場合には、契約が現在にまで継続している必要があろう。例えば、契約解除が可能となる 3 条所定の事実が施行前に発生していた場合に身元保証法に基づき解除を請求するには、契約が継続していなければならないことは当然である。ただ、実際に争われた事例は見当たらない。おそらく、結局のところは賠償責任の問題に帰着するのだと思われる。

## 第一節のまとめ

法律には時間的適用範囲についての経過規定が置かれていなかった諸事例において、大審院は、法律の不遡及原則を確立した。原則にしたがい、既得権を保護するために過去の事実に対する新法の適用を制限したり（建物保護法の第一判決）、新法をその施行後に生じる事実に対してのみ適用すべきと判断した（利息制限法）。だが、立法目的を考慮することで、既存の事実に対する新法の適用を認めることもあった（建物保護法の第二判決）。

これに対して、多くの学説は、不遡及原則を否定するわけではないが、旧法下で生じた事実や法関係についても新法施行後においては新法を適用すべきと解して、判例を批判した。その理由としては、立法目的が重視されたり、旧法は新法によって改廃されたことや、法関係が現在には存続していることを考慮するとか、新法の規律対象を区別すべきなど、見解は一致していなかった。しかし、利息制限法について言えば、その後の改正では、学説の主張に反して大審院判例が立法化されることとなった。すなわち、現行の利息制限法（昭和29年5月15日法律第100号）では、「この法律の施行前になされた契約については、なお従前の例による」（附則4項）と規定され、この立場は現在まで続いている<sup>266</sup>。

このように不遡及原則が確立されたことから、実務上、法律に遡及効を認めるためにはその旨の明文規定が必要となった。そもそも、法律の時間的適用範囲については個々の法律ごとに必要な規定を置くというのが、明治期の法典編纂当時からの方針であった。そして実際、借地権者や借家人の保護に関して建物保護法を引き継いだ法律である借家法・借地法には、適用範囲について経過規定が置かれ、借家法には遡及効が認められたのであった。

ただ、法律にその施行前の事実に対する適用を認める経過規定が置かれた場合であって

<sup>266</sup> 例えば、「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」（平成18年12月20日法律第115号）による、いわゆるグレーゾーン金利の廃止に際しても、附則により、改正以前の契約に関して多くが「なお従前の例による」とされた。

主な規定を挙げるならば、（1）利息制限法の改正（超過支払部分の取扱に関する旧1条2項の削除、遅延損害金の制限利率など）につき、附則26条により、「施行日前に締結された利息の契約、賠償額の予定の契約及び保証料の契約の効力については、なお従前の例による」（1項）、「施行日前に締結された営業的金銭消費貸借における利息の契約において利息とみなされるものの範囲については、なお従前の例による」（2項）。

（2）貸金業法の改正（総量規制、上限金利の引下など）につき、附則25条により、「施行日〔注、平成19年12月19日〕から第四号施行日〔注、平成22年6月18日〕の前日までの間に締結した貸付けに係る契約……については、なお従前の例による」。

（3）出資法の改正（処罰される上限金利の引下など）につき、附則31条（出資法改正に限らず、平成18年法律が関係する罰則すべてについての経過措置）により、「この法律……の施行前にした行為及びこの附則の規定によりなお従前の例によることとされる場合におけるこの法律の施行後にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」（1項）、「……施行前にした利息の契約に基づいてその施行後にした利息（債務の不履行について予定される賠償額を含む。）の受領又は要求（その施行前に金銭の貸付けを行う者が業としてした金銭の貸付けに係るものに限る。）に対する罰則の適用については、新出資法第5条第2項〔注、貸金業者による貸付けにつき年20%を超える割合の利息の契約を処罰……の規定にかかわらず、なお従前の例による』（2項）。

も、その解釈が争われた。遡及効を認める論者は、新法の法効果の発生時期については明文規定によって特定されていないことや立法目的を考慮したが、反対の論者も、新法の法効果が過去のある時点で発生するとは規定されてはいないことを踏まえて、遡及効の否定論を展開した。そして、判例により、上記のような経過規定が置かれた場合には、法効果の発生日について規定がないとしても、法律には遡及効が認められるという立場が確立した（借家法）。もっとも、法律に遡及効が認められるとしても、既に消滅してしまった事実・法関係については適用されないが（借家法）、一回的な事実・行為について規律する法律に遡及効が認められるのであれば、特に制限されていない限り、過去の事実・行為にも適用される（身元保証法）。

## 第二節 公法の時間的効力

私法の領域においては、旧法例 2 条の不成立にもかかわらず、法律の不遡及原則は、明治期には既に判例によっても確立された。原則の実践的な意味内容をめぐっては特に学説において無視できない対立があったことは確かだが、それでも、少なくとも基本的な法原則としては、一貫して自明視されてきた。

これに対して、法律の不遡及原則が日本において議論されるようになった最初期から、公法は不遡及原則の一大例外領域をなすと考えられてきた。このことを端的に示すのは、旧法例草案であろう。特に 3 条は、「社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス」と規定していた。この草案規定は削除されてしまうが、それでも、その趣旨は広く共有され続けた。例えば、旧法例修正案の作成にあたった穂積陳重は、「公法上の事に付て之〔注、不遡及原則〕が当っては却て不都合であります」と述べていた。学説においても、「公法の部類に至りては、法律に依り既得の権利を生ぜざるが故に、法律の効力を過去の事実不及ぼすこと着々見る所なり」（穂積八束）<sup>267</sup>、あるいは、「公法は……既往に遡りて其効力を及ぼすを以て原則とす。即ち、……法律に反対の規定なき限りは、旧法の下に発生したる事柄にても、尚新しき法律に依りて処分せらる可きものとす」（山田三良）<sup>268</sup>と説かれてきた。

このように、公益の実現を目的とする公法においては、既得権は生じないとか本質的に遡及法であると説かれ、その時間的効力について何らの限界もないと考えられてきたのであった。ただ、こうした指摘は、必ずしも公法学者によって説かれたものとは限らず、しかも、多くは抽象論にとどまっていた。

では、判例や学説上、公法の時間的効力はどのように理解されたのであろうか。本節では、この点の分析を行う。まず、公法学者も行政裁判所も、公法において既得権が成立する余地を否定した（第一款——公法における既得権論）。また、公法の遡及効をめぐる実際の事例において、大審院は、公法においては不遡及原則を否定するような判断を示したのであった（第二款——公法における不遡及原則の諸相）。

<sup>267</sup> 穂積八束『法例』（東京法学院、明治 26 年）28 頁。

<sup>268</sup> 山田三良『法学通論』（明治大学出版部、明治 45 年）122 頁。

## 第一款 公法における既得権論

### 第一項 学説による既得権論の批判

既得権についての公法学説における一つの典型的理解としては、柳瀬良幹の所説を挙げることができる。昭和9年に公表された論文<sup>(269)</sup>において、柳瀬はドイツ法学説の既得権論を幅広く検討した後に、結論としては、公法における既得権を正面から否定した。

柳瀬の主眼は、既得権(erworbene Rechte)とそうでない権利との区別を批判することにあった。この点につき、法律から直接発生する法律上の権利との対比で、既得権を、特別の名義ないしは特別の取得原因に基づく権利であると定義する見解を取り上げて、次のように述べる。

「凡そ権利の発生には、法の規定の外、必ず何等かの要件(Tatbestand)を要し、之なくして法より直接発生する権利なるものは想像し得られない。一見しかく見える出生に依り取得する権利又はすべての国民に等しく与へらるる権利の如きも、なほそれと法との間には『出生』又は『国民たること』の要件が介在するので、換言すれば、法の要求する要件が存在することに依り、法の規定する客観的な法(objektives Recht)は現実の主観的な権利(subjektives Recht)となるので、此の意味に於ては、すべての権利は法に基くと同時に一定の要件に基き、『法律上の権利』であると同時に『既得権』であって、唯その要件に各種の区別があるに過ぎないのである。」<sup>(270)</sup>

ここでは述べられているのは権利論一般であるが、柳瀬は、既得権論に固有の問題をも指摘している。一つは、既得権論を貫徹することは不可能であり、例外を許容することによって却って論理破綻に陥ってしまうことである。いま一つは、個人の意思を尊重する私法秩序といえども、自律的な法秩序ではないことである。

<sup>269</sup> 柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描」『行政法の基礎理論 第2巻』（清水弘文堂書房、1967年）121頁以下（初出、昭和9年）。

<sup>270</sup> 同上163-164頁。仲野武志は、本文引用の柳瀬の所説に対して、第一に、民事法と行政法を区別していないことを批判する。その理由としては、私権の核心である土地所有権について、民法の施行とともに発生するという規定はなく、民法以前から存在するものであることが指摘される。また、第二に、主観的権利と客観的法の区別のみに依拠していることを批判する。というのも、「国家のあらゆる干渉が『権利』を侵害する作用となる結果、主観的権利はその『主観性』を疑われざるをえなくなるのである」。そして、仲野としては、行政法上の地位が主観化されることはあり得ない一方で、既得権を「前国家的な意思支配の空間」であり「補償なくして侵害されえない特別の『権利』」であると解している（仲野武志「法律上の争訟と既得権の概念（一）」法学67巻2号（2003年）77-80頁）。その具体的調査として、参照、仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ——総則・物権篇』（有斐閣、2014年）。

なお、柳瀬論文の主題であった国家権力に対する限界としての既得権については、詳しくは、その歴史的意味合いを含めて、参照、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（四）」国家学会雑誌104巻5・6号（1991年）1頁以下。

「既得権論を絶対に貫くときは、国家は現在の法律関係に一指も触れることを得ず、立法も行政もともにデッドロックに陥らなければならぬ。之を回避し、実際上行はるる私権の侵害を説明するためには、超法律的なユス・エミネンスの理論に訴ふる外なく、而もその結果は却って国権の万能を認め、既得権理論の本来の企図とは全く反対のところに至らねばならなかった……。」<sup>(271)</sup>

「意思行為に基く権利のみに不可侵性を認めんとするラサール以下の思想は、矢張り意思行為に於て権利を発生せしむる力が意思そのものに在るとし、個人の意思が権利を生み得るのは国家の法が之にその力を認めた結果であることを忘れたものである」。しかし、「個人の意欲を特に重んずるものが法であるならば、その法の廃止と同時に此の個人の意思の神聖性も消滅すべき筈であ[る]。」<sup>(272)</sup>

こうして既得権の観念を否定して、すべての権利は法律上の権利でしかないという主張は、何を意味するのか。柳瀬においては、結局のところ、既存の権利は国家権力の限界をなすものではなく、任意にこれを覆すことができ、それは行政権についても同様である、という帰結を導くのであった。

「すべての権利は法に基き、法は国家の所産である。国家を離れて法もなく、固より権利もない。故に一切の権利は国家の意思を以てその存立の根拠とするもので、従って国家が之を認むる限度に於てのみ存在すべく、国家の意思が権利の限界であり、如何なる権利も国家の意思の表明たる立法に対し自己の独立の存在を主張し得べきではない。」<sup>(273)</sup>

「従って此の種の侵害に対し、その不法を理由として賠償請求権を基礎づけることは絶対に不可能である。何故ならば、右の侵害は国家の当然の任務の遂行であり、権利がその本質上当然に受忍すべき性質のものであるからである。即ち換言すれば、立法及び行政はその適法なる限りすべての権利に対して万能の力を有するものであって、従って之等の権力に依る権利の侵害は、法の見地に立つ限り、常に適法にして正当であり、従って又法の自ら認むる場合の外、賠償の問題を生ずる余地は存在しないのである。」<sup>(274)</sup>

なお、柳瀬の議論の対象は、公法上の原則として立法権や行政権の限界をなすものとして説かれてきた既得権であり、具体的には、公用収用における補償の問題が意識されていた。そのため、法の時間的効力を直接に論じたわけではない。もっとも、既得権論は、まず前者の領域で理論化されたものが後者の領域にも応用されることにより、法の時間的効力の限界としても説かれるようになったという理論史的状況について言及がなされている<sup>(275)</sup>。その意味では、柳瀬の批判は後者の領域での既得権論にも通じるはずであり、実際、

<sup>271</sup> 同上 167 頁。

<sup>272</sup> 同上 166 頁注 35、164 頁。

<sup>273</sup> 同上 168-169 頁。

<sup>274</sup> 同上 169 頁。

<sup>275</sup> 同上 121 頁、126 頁。

不遡及原則に関して学説により参照されることもあった<sup>(276)</sup>。

ただし、戦前学説の流れの中に位置づけて柳瀬の所説を内容的にみると、そこに目新しい独自の説示はない。公法では本質的に既得権を観念しえないという見解は、不遡及原則に関する議論において以前から説かれていた。大正以後の『法学通論』においても、柳瀬と同旨の既得権批判がなされており、それは広く共有されていた。さらに、不遡及原則をめぐる議論を離れても、例えば、穂積八束は、明治42年に公表した論文において、行政法では既得権は存在せず、「行政処分を変更するは原則として自由なり」と主張していた。

「論者は又既得権の不可侵を言ふ。然れども、予は未だ所謂既得権と未得権との別の何たるを明瞭に領解すること能はざるなり。抑、国家は性質上専横なり、昨之を与へ今之を奪ふ、唯与奪の手段の違法ならざることを要するのみ。法律当然の結果たる権利は、法律の変更に依るに非ざれば之を奪ふことを得ず。行政処分の独立の行動に由り副産物として新に生じたるの権利は、行政処分の変更に抛り滅失することあるを妨げざるなり。」<sup>(277)</sup>

しかし、これに対して、行政法においても既得権があり得ると説かれることもあった。浅井清は、不遡及原則が立法者を拘束するものではないことを認めつつも、遡及立法の可能性について、「得権なる観念が存在し、若干の制限を受くことと成る」と主張したのである。

「既得権（Wohlerworbenes Recht）なる観念は、封建的国家が、近代の資本主義的国家に移らむとする過渡期に於て、生成せられたるものなりと信ずる。即ち近代に於て擡頭したる『富』あるも、未だ『権』なかりし資本家階級が、伝統的封建権力が自己の『富』を侵害することを恐れ、漸く獲得したる立法上の原則である。故に既得権なるものは、本来財産権に関するものであった。然るに現在の資本主義的国家に於ては『富』と『権』とは合致せるを以て、既得権なる観念は、既に其目的を達し終ったものである。故に現代に於て、既得権なる観念を合理化するものは、全く別個の原則である。之れを法的確実（Rechtssicherheit）の原則と謂ふ。即ち一度形成せられたる法的秩序は、可及的之れを変更せざるを是と為すものであって、此意味に於て立法上の不遡及を認めむとするのである。行政法も亦、此法的確実の原則に基く既得権の存在によりて、立法上の制限を受けるものである。」<sup>(278)</sup>

<sup>276</sup> 廣濱嘉雄「法の当然効・遡及効・追求効」民商法雑誌3巻5号（昭和11年）809頁以下（820頁）。

<sup>277</sup> 穂積八束「行政処分ノ取消変更」上杉愼吉編『穂積八束博士論文集』（1913年）888頁以下（895頁）（初出、明治42年）。

<sup>278</sup> 浅井清『行政法の基礎概念』（高原書店、昭和4年）53-54頁。同『日本行政法総論』（巖松堂書店、昭和7年）58頁にも同旨の記述があるが、「既得権の基礎たる法的確実は技術上の原理であって絶対的なもので無いからより高き必要が生ずれば之を侵すことが出来ること勿論である」と付け加えている。

浅井（慶應義塾大学教授）は、ドイツ留学中にハンス・ケルゼンから直接の影響を受け、日本公法学に純粋法学を採り入れた先駆者であると言われている。行政法の著作における既得権への言及も、明らかに、ケルゼンに倣ったものである。実際、ケルゼン『一般国家学』には、「国家秩序の時間的通用範域」（25節）および「既得権論」（26節）に、同旨の記述がある。

## 第二項 行政裁判所による既得権の否定

柳瀬や穂積八束が既得権論を批判したのと同じように、行政裁判所もまた、かなり早くから、原告による既得権侵害の主張を斥けていた。これを明示的には取り上げずに否定する場合が殆どであるが、あえて言及する場合でも、その意味合いは原告の主張への応答に過ぎない。だが、そうした主張からは、当時、現実には法令に対して既得権を盾にした抵抗があり得たことが推察される。

もっとも、行政裁判所への出訴事項が限定列記主義であったため、裁判例は少ない。その中で、許可の取消（厳密には撤回）をめぐる初期の事例には、それにより既得権が侵害されたという原告の主張を斥けて、取消処分が適法であると判断したものがある（1-3）。また、営業許可制の導入に関連して、明示的に既得権を否定した興味深い事例がある（4）。これらからは、行政裁判所の既得権論に対する否定的態度とともに、公法において既得権論を批判した学説が何を意識していたのかを、多少なりとも明らかにできることと思われる。

### 1. 米穀市場設立許可が取消された事例<sup>(279)</sup>

原告らは、明治25年、市場規則に基づき、大阪市における米穀市場の設立につき大阪府知事の許可を受けた上で、営業を続けてきた。これは、市内有数の規模を有する正米取引の市場であった。だが、明治33年6月9日、許可要件に反する事実が確認され、正米市場の営業という当初の目的に反する事態が生じていたことから、同知事は許可を取消した。

これに対して、原告らは次のように主張して、被告知事に対して、許可取消処分の取消を請求した。すなわち、本件許可の取消は「原告等の既得権を侵害」するものであり、「〔1〕被告が斯る〔許可取消〕処分を為さんと欲せば、法令に於て其営業を禁止し又は許可を取消すことを許されたる場合、且、〔2〕其処分権限を有する官衙の命令ならざるべからず。然るに、被告は何等の法令に基かず、且つ、被告官衙は本件市場設立の当時において許可権限ありしと雖も、明治29年農商務省省令第一号に依り、市場の許可権限は農商務大臣の管轄に轄属せしめられたるを以て、被告は既に与へたる市場営業の許可をも取消すの権原なけれ」（番号は筆者挿入）。

行政裁判所は、まず第二点について、「該省令は明治29年3月以後に在て新に市場を設立する場合は農商務大臣の許可を受けざるを得ざるの規定に過ぎずして、当時既に設立せられたるものに就ては、右省令を適用すべきものにあらざ」と判示した。

第一点については、原告らに法令違反の事実があることを理由に、本件取消処分は適法であると判示して、結局、原告らの請求を棄却した。すなわち、「大阪府令に依れば、被告知事に於て本件市場を許可する当時、該府令の趣旨に基き、営業の目的及其方法を調査し、以て認可を与へたるものにして、其目的方法は、乙第一号証府令、乙第二号証市場規

<sup>279</sup> 行判明治33年12月12日・行録41巻79頁。



則の如く、米穀売買の弊風を矯正し、物品取扱手続、現品受渡順序、手数料の程度及び営業時間等を明かに規定しありて、此条項に基き許可したるものなることを明かなり。〔中略〕原告等は、同規則第 16 条に 10 石に付手数料 5 銭と規定しあるに拘らず妄りに 1 石に付 5 銭の割合を以て手数料を徴収したるものにして、是れ同上の規定に違背せるものなりと云はざるを得ず。又、同規則第 10 条に依れば、米穀を売却せんとする者は倉荷証書又は指図式預り券を市場事務所に預け置くべき規定なるに拘らず、乙第三号証答申書に依れば、同事務所は売却せんとする米穀の現在を認むる時は倉荷証書又は預り券を本人に返付して之を他に抵当として資金の運転に融通せしめたる事実あり。是等の規定は当初市場設立許可に付主要なる条件なるに拘はらず、斯くの如く証券を事務所に預け置かざるのみならず、<sup>ほしいまま</sup>擅に手数料を増加したる如きは、当初市場許可の趣意に反するや明かなり。然らば則ち、被告に於て本件市場許可を取消したるは相当にして、毫も違法の処分と云ふを得ず」。

## 2. 漁業免許が一部取消された事例<sup>(280)</sup>

原告は、香川県のある海面において漁業免許を受けて漁業を行ってきた。しかし、被告香川県は、明治 23 年勅令第 276 号 12 条および同年内務省訓令第 36 号の規定により、原告の漁業免許の区域を一部含む海面埋立塩田開墾事業について許可をなした。そこで、原告は、「原告漁業の既得権を侵害せられ不法の処分」であるとして、その取消を請求した。

行政裁判所は、海面埋立事業により「広大なる有益地を得べきものなれば、……殖産上必要なる土地を築造するものなるを以て、被告が之を公益上必要なりと認めたるは不当にあらず」、そして、「旧来与えられたる漁業免許は、行政庁に於て公益上必要ありと認むる場合に在ては、其免許を取消又は漁業区域を減縮せしめ得べき」であると判示して、原告の請求を棄却した。このように、本件では、漁業免許の性質および公益上の必要性が考慮されたのであった。

## 3. 貸座敷営業許可が取消された事例<sup>(281)</sup>

原告は、従来から貸座敷営業を行ってきたが、明治 41 年 4 月 28 日三重県令第 38 号により、原告の営業地が許可区域から削除された。これにより、明治 43 年 6 月からは同地での営業が不可能になったため、原告は県令の取消を請求した。

行政裁判所は、まず、「該県令は原告等の貸座敷営業地……を貸座敷営業許可区域より削除する為め発せられたるものにして、原告等は之に由りて当然……営業を継続すること能はざるに至るが故に、該県令は原告等に対しては営業免許の取消処分に外ならざる」と判示して、出訴を認めた。その上で、「原告等貸座敷営業地……は津市の海岸にして、船舶殊に軍艦乗込員其の他の出入要路に当るを以て、被告知事が風俗及び衛生上該営業の存在を有害と認め本件県令を発したるものにして、裁判所も亦、之を公益上相当の処分と認むる」

<sup>280</sup> 行判明治 36 年 5 月 27 日・行録 14 輯 5 卷 463 頁。

<sup>281</sup> 行判明治 42 年 2 月 22 日・行録 20 輯 363 頁。

と判示して、原告の請求を棄却した。このように、本件では、専ら公益上の必要性が考慮されたのであった。

#### 4. 既得権を明示的に否定した事例<sup>(282)</sup>

原告による既得権侵害の主張に対して、行政裁判所が明示的にそれを否定したものとして、金融業の許可出願が拒否された事例がある。裁判所の結論には特段注目すべき内容はないが、事案および当事者の主張が非常に興味深い。

すなわち、原告は、昭和3年7月から金融業を営んできたが、「金融業取締規則」(昭和14年8月31日警視庁令第29号、同年9月1日施行)の制定により、従来は自由営業であった金融業が許可制となった。そこで、原告は昭和14年12月に許可を出願したところ、昭和15年6月に不許可処分がなされたため、その取消を請求した。なお、本件規則4条は、「金融業ヲ為サントスル者ハ警視總監ノ許可ヲ受クベシ」とのみ規定しており、許可要件は何ら示されていなかった<sup>(283)</sup>。

原告は、次のように主張した。「(1) 憲法第22条は営業自由の権利をも認容したるものなる(伊藤博文著憲法義解参照)を以て、金融業が縦令法令に依り許可制となるも、正当の理由なき限り其の許可を与ふるべきものとす」。「(2) 凡そ、多年一定の営業を為し来り社会的地位を確立せる者に付ては、法規の制定に依り自由営業を許可制とせるが如き場合に在りても、既得権を尊重し其の生計を保障せんとするは法規の原則的理念にして、〔本件〕規則も亦同精神の下に制定せられたるものなることは其の附則に鑑み之を窺知するに難からず。然らば、被告が原告に於て多年金融業者として金融界に幾多の貢献を為し来りたる事実を精査することなく漫然為したる本件不許可処分は、〔本件〕規則の精神を無視せる違法の処分と謂はざるを得ず」。

原告主張(2)で指摘されたとおり、本件規則には、附則において経過措置が規定されていた。すなわち、「本令施行ノ際現ニ金融業ヲ営ム者……ハ本例施行ノ日ヨリ六月ヲ限り第四条ノ規定ニ拘ラス其ノ営業ヲ営ムコトヲ得」、「前項ノ者前項ノ期間内ニ第四条ノ許可ヲ願出デタル場合ニ於テ其ノ願出ニ対スル許可又ハ不許可ノ処分ノ日迄亦前項ニ同ジ」。

これに対して、被告警視總監は、次のように答弁した。「(1) 〔本件〕規則は、憲法第9条に基き、公共の安寧秩序を保持する必要上制定せられたるものにして、我国に於ては営業を制限するに命令を以てせる事例多々存す。而して、規則制定の趣旨は、従来の金融業者中性行良からざるものありて、相手方の窮迫に乘じ不当の高利を貪り或は冷酷苛察の取立を為す等庶民の生活を脅し居たる実情は、公序良俗に反するのみならず治安保持上黙過し得ざるを以て、斯くの如き不当不正の行為を排除し業界の刷新を図り、一面誠実なる業者を保護し合理的金融機関の使命を發揮せしめんとするに在り」。然るに、本件規則の趣旨に照らして、原告の出願については不許可とした。また、「(2) 〔本件〕規則の附則は……経過

<sup>282</sup> 行判昭和16年7月25日・行録昭和16年203頁。

<sup>283</sup> 金融業取締規則の全文については、参照、猪俣浩三『闇取引と刑罰』(有光社、昭和15年)239頁以下。

規定に過ぎずして、絶対的に〔従来金融業を営んでいた者〕の既得権を認めたるものに非ず。勿論、従前より営み来りし営業は之を尊重すべきも、〔本件〕規則制定の趣旨と相容れざる者に対し許可を与へ得ざることは当然の事理と謂はざるを得ず。」

然るに、行政裁判所は、主張（１）について、不許可処分にかかる原告の事情<sup>284</sup>を認定した上で、「規則第14条及第21条の規定<sup>285</sup>より推考すれば、斯くの如き所為ありたる者に対しては営業の許可を与へざるも違法と為すべきに非ざる法意と解するを相当とす」、主張（２）については、「原告は規則の附則を引用し、規則制定の精神は既得権を尊重するに在るを以て原告の出願を拒否し得ざる旨主張するも、規則の附則は従来金融業を営み居りたる者に対し、営業許可又は不許可の処分の日迄営業を為すことを得しめたる経過規定に過ぎざることは、其の文詞に徴し明なる」と判示し、結局、原告の請求を棄却した。このように、本件では、既存業者に既得権が認められないことが明言されたのであった。

### 5. 公法における既得権論の意味（裁判例の整理）

まず、上記事例の（１）から（３）では許可・免許の撤回が争われたが、行政裁判所は、許可内容に反する営業実態があった場合や、「公益上必要」ないし「公益上相当」であると

<sup>284</sup> 許可出願以前における原告の事情については、幾つか認定されている。例えば、原告は、A に対してその子女の養育費として、昭和13年10月3日から翌年1月まで100円ないし200円（弁済期は1ヶ月後）を貸し付けたが、月利は4割強であった。昭和14年2月にAが返済不能となったところ、原告は、同年6月、延滞利息を含めた債権額が650円となっているが、これを50円に減額するとともに、A所有の不動産に抵当権を設定した上で、新たに290円を手渡し、これに弁済期（同年12月25日）までの利息を含めた1500円の債務を負担させた。そして、原告はBからの出資に関して270円の債務が残っていたところ、既にAから交付を受けていた債権譲渡承諾書を利用して、Aの抵当権附債権を譲渡したのであった。その他、原告は極めて高利の貸付やその取立を行っていたため、警察署から再三にわたって警告を受けていた。また、昭和14年8月には、商法違反、公正証書原本不実記載、私文書偽造行使、詐欺、貯蓄銀行法違反により、懲役2年および罰金200円に処せられ、同年9月には、恐喝未遂罪により懲役6月に処せられていた

<sup>285</sup> 本件規則14条「営業者ハ左ニ掲グル事項ヲ遵守スベシ

- 一 営業ニ関シ誇大又ハ虚偽ノ広告ヲ為サザルコト
- 二 貸付（手形割引ヲ除ク）ヲ為シタルトキハ契約書ノ写ヲ債務者ニ交付スルコト
- 三 債務者ヨリ二重ニ契約書を徴セザルコト
- 四 債務者ヨリ白紙委任状ヲ徴セザルコト
- 五 営業ニ関スル帳簿若ハ書類ニ不実ノ記載ヲ為サザルコト
- 六 元金調査料、利息、割引料又ハ周旋手数料其ノ他ノ金銭ヲ受領シタルトキハ其ノ都度一定ノ形式ヲ備ヘタル領収書ヲ交付スルコト
- 七 不穩当ナル手段ニ依リ債権ノ取立ヲ為サザルコト
- 八 債務者ヨリ貸付計算明細書ノ請求ヲ受ケタルトキハ速ニ交付スルコト
- 九 業務上知り得タル他人ノ秘密ヲ故ナク漏洩セザルコト」

同21条「警視總監ハ営業者左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ其ノ営業ヲ停止シ又ハ許可ヲ取消スコトアルベシ

- 一 本令又ハ本令ニ基キテ発スル命令ニ違反シタルトキ
- 二 詐欺、恐喝、脅迫、横領、文書偽造又ハ印章偽造ノ罪ニ依リ処罰ヲ受ケタルトキ
- 三 禁治産又ハ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキ
- 四 破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ
- 五 他人ニ名義ヲ籍シタルトキ
- 六 所在不明トナリ又ハ六月以上休業シタルトキ
- 七 其ノ他公安又ハ風俗ヲ害スルノ行為アリタルトキ」

認められる場合に、撤回が許されると判断した。ただ、ここで確認したいことは、むしろ原告の主張に対する応答である。すなわち、原告が「既得権の侵害」を主張していたとしても、行政裁判所はこれに一切触れなかった。結論としては撤回が許容されたことからすると、行政裁判所は、行政行為によって認められた権利利益につき、それが既得権をなすとは認めなかったことになる。既述のとおり、穂積八束は行政処分の変更に關連して既得権論を批判していたが、その際には、以上のような事例が想定されていたのであろう。こうした裁判例・学説のためか、明治 42 年の事例（3）では既得権侵害の主張はされていなかった。その後、取消・撤回が争われた事例において、もはや既得権に関する主張・判示は見られなくなった。

これに対して、昭和 16 年の事例（4）では、許可制の導入による営業規制によって既存業者が従来どおりの営業活動を行い得なくなったことが争われた。原告としては、附則によって既存業者には 6 ヶ月の猶予期間（この間に許可を申請した場合には処分の日まで延長）が設けられたことから、これは既存業者の「既得権の尊重」を認める趣旨であると考えた。新たに許可制が導入された場合、猶予期間がなければ既存業者も直ちに許可制の対象となり、許可を得ない限りは営業し得なくなるのであるから、確かに、猶予期間は既存業者の従前の地位を尊重するという側面がある。だが、許可制の実施猶予は一定期間に限られ、猶予期間の経過後は許可制が実施されることになる。こうした意味で「経過規定に過ぎざる」ことから、行政裁判所において、既存業者の従前の地位に既得権が認められることはなかったのだと思われる。

これらのことを前提とするならば、公法において既得権が認められないというのは、すなわち、過去の事実にかかわらず原則として将来的には新法が直ちに適用されること、法令違反の是正措置に従わなければならないこと、新たな事情変更への適応が求められること、などを意味していたと考えられる。したがって、旧法下で認められていた権利や地位を尊重すべきであるとしても、新法や新たな行政処分がそれらを損なうことも場合によっては許容される。その結果、従前の権利・地位は当然に消滅することになるのであり、これに例外を認めるためには、その旨の経過規定が必要なのであった。

では、公法には当然に遡及効があるといった説示も、以上と同じような趣旨なのであろうか。既得権の有無をめぐる議論においては、遡及に固有の問題が少なくとも自覚的には扱われてはいなかったため、ここで断言はできない。かかる説示は、果たして何を意味するのであろうか。次款において、検討を進めることとしよう。

## 第二款 公法における不遡及原則の諸相

公法の遡及という問題は、そもそも、これを取り上げること自体に難しさがある。というのも、戦前学説においては、公法の時間的効力が自覚的に論じられることは希であったからである（第四項）<sup>286</sup>。それでも、その中で最も注目されるのは、田中二郎の戦前の行政法講義案には、「原則として遡及効を有しない」と述べる箇所に行政裁判所の昭和7年の裁判例が一つ参照されていたことである<sup>287</sup>。ただ、この裁判例は、明らかに公法において不遡及原則を否定するものであった（第一項）。

その他には、裁判事例はあまり見当たらない。戦前における行政法判例の体系的な研究書として、周知のとおり、美濃部達吉の『行政法判例』（大正14年）、『続行政法判例』（昭和3年）、『公法判例大系』の上下巻（昭和8年）、昭和8年度から昭和17年度までの『公法判例評釈』（昭和10年から昭和20年）があり、その「法令」という項目には、法令の効力が問題となった事例も含められているが、刑罰関連<sup>288</sup>を除くと、時間的効力に関するものは一件しか収められていない。それが、法律事務取扱の取締に関する事例である（第二項）。また、同じような問題は、戦時の統制法規をめぐっても生じた（第三項）。

これらは、何れも、業務遂行に対して新たな規制が設けられた事例である。規制を直ちに実施することを妨げるような既得権が認められ得ないことは、行政裁判所の裁判例を通じて既に確認した。だが、不遡及原則との関係では、なおも問題となり得たのであった。

<sup>286</sup> ただし、憲法の時間的効力については、一定の議論がみられる。明治憲法76条1項の経過規定の註釈として、清水澄「帝国憲法第76条第1項」法学新報26巻10号（大正5年）75-80頁。また、明治憲法の成立前あるいは成立後から施行までの間における憲法の効力、憲法の形式的小および実質的永続性については、清宮四郎「憲法の時間的通用範域」国家学会雑誌57巻4号（1943年）1頁以下（同『憲法の理論』（有斐閣、1969年）所収）。清宮が論じた実践的問題は、明治22年に大日本国憲法が公布された際、「帝国議会ハ明治23年ヲ以テ之ヲ召集シ議會開会ノ時ヲ以テ此ノ憲法ヲシテ有効ナラシムルノ期トスヘシ」（上諭4項）とされ、そして、明治23年11月25日に第一回帝国議会が招集されて同月29日に開会したことに関して、憲法は具体的には何時から施行されたと解すべきかであった。つまり、施行期日をめぐむ問題である。なお、「これに関連して法の『遡及効』の問題が起こるがこれについての論述は省略する」（102頁注（2））とされた。

<sup>287</sup> 田中二郎『行政法講義案（一・二）』（昭和14年）23頁。

<sup>288</sup> 刑罰に関する適用法令については、『公法判例評釈』の昭和11年度には、選挙法改正につき直近の選挙の期日公布前になされた違反行為にも適用されたとした事例（3-4頁）（同種事例は昭和12年度14頁にもある）、法律改正の前後にわたる連続犯に対して新法を適用すべきとした事例（4-6頁）、犯罪後に罰則規定の改正があった場合において刑の軽重に変更がないときには行為時法たる旧法を適用すべきとした事例（6-7頁）がある。

昭和12年度には、選挙法罰則改正の準用開始時期に関する事例（14-16頁）がある。

昭和13年度には、馬の移動制限に関する法律が廃止された場合には廃止前に違法行為により刑罰を科されるべき者であっても違反刑罰法363条により免訴とされた事例（12-14頁）がある（なお、美濃部は判旨に反対して、行政上の取締法規に違反した場合には、その廃止後もなお従前の刑罰が科されるべきと主張した）。

昭和14年度には、公布即日施行された省令の罰則はこれを掲載する官報が当該日に被告人の住居地に到着していなかったとしても適用されたとした事例（2-4頁）がある（なお、美濃部は判旨に反対）。

## 第一項 行政裁判所による不遡及原則の否定

ここでは、行政裁判所が公法の遡及効について正面から判断したものとして管見の限りでは唯一の事例と思われる、昭和7年の裁判例<sup>289)</sup>を取り上げる。

### 1. 事案

この事例は、京都市長が昭和6年3月26日に道路占用規程を改訂して電纜（ケーブル）敷道路占用料を倍増するとともに、これを年度当初の昭和5年4月1日にまで遡って適用することとし、翌日、電灯株式会社を経営する原告に対して、改正規程の通知とともに増額分（約55000円）の納額告知書を送達したため、原告がその取消を求めたというものである。

当時、道路法では「管理者ハ道路ノ占用ニ付占用料ヲ徴収スルコトヲ得」（28条4項）と規程されていた。また、京都市の道路占用規程には、「占用料ハ市長ニ於テ必要ト認ムルトキハ占用期間中ト雖モ之ヲ増減スルコトアルヘシ」（5条ノ3）という規定が置かれていた。

本件において、原告は、当然であるが改訂規程が遡及適用されたことを争った。その主張によれば、道路法28条4項は占用料の徴収の有無や額については管理者の裁量に委ねているため、「之を徴収するの意思決定（徴収規程の制定）を為し、之を占用者に告知（徴収規程の告示）せざる限りは占用者の納付義務発生せず、即ち、占用者は占用料納付の義務なき法律上の地位に在るものにして、此の地位は占用者の既得権に属す。従て、占用料納付の義務なき占用の事実に対し、後に至り納付の義務を負担せしむるは明に占用者の既得権を侵害するものなり。従来占用料を徴収せる場合に於て占用料率を増加するに付ても亦、同一理なり」。

これに対して、被告京都府および参加人京都市は、「占用料は占用の許可を前提として徴収するものなることは勿論なるも、道路の占用は所謂公物の特別使用の一種にして、占用権は許可に依り与へられたる公法上の権利なり。即ち、管理者の自由裁量に依り一方的に設定せられたる、単に使用することを内容とする権利たるに止まり、占用料納付を反対給付として必然的に包含する如き性質のものに非ず」と解され、「〔占用許可〕と占用料の徴収とは全然別個の問題に属するもの」であり、法律の根拠なくして当然に占用料を徴収できるのであり、したがって、「占用開始の前なると後なるとを問はず、管理者が道路法上の手続を履行するに於ては、何時にても其の額を定め徴収し得べき、従て、何時にても増額追徴し得べき」であると主張した。

### 2. 判旨

然るに、行政裁判所は次のように判示して、概ね被告の主張を容れ、原告の請求を棄却した。

<sup>289)</sup> 行判昭和7年7月13日・行録659頁。

「道路法第 28 条第 1 項の許可は単に占用権を附与するに止まり、同条第 4 項の占用料を徴収せられず又は一定限度以上に占用料を増徴せられざる地位を占用者に附与するものに非ず。而して、同項本文は単に『管理者ハ道路ノ占用ニ付占用料ヲ徴収スルコトヲ得』と規定するに止まり、占用料徴収の時期を制限せざるが故に、同法第 52 条の手続を履踐するに於ては、占用開始と同時に之を徴収するも、開始後に於て開始当時よりの分を徴収するも、將た又、從來の占用に付増額追徴する旨の規定を設くるも、凡て道路管理者の任意なりと解すべき……」。

行政裁判所が既得権を認めていないことは前款において確認したが、この判決では、そのことを一歩進めて、かつ、占用料の徴収権限に裁量が認められることをも踏まえて、占用料を遡及的に徴収することも可能であると判断された。ただ、占用料の徴収権限は法律以前から存在していたとの被告の主張にもあるように、また、少なくとも裁量の問題であることから、一切の法的統制を受けない結果として、遡及徴収もが許容されたのではないかとも考えられる。

## 第二項 法律事務取扱の取締法

「法律事務取扱ノ取締ニ関スル件」(昭和 8 年 5 月 1 日法律第 54 号、昭和 11 年 4 月 1 日施行)(以下、取締法とする)<sup>290)</sup>は、弁護士でない者による法律事務の取扱を禁止するとともに(1 条)、「何人ヲ問ハス他人ノ権利ヲ譲受ケ訴訟其ノ他ノ手段ニ依リ其ノ権利ノ実行ヲ為スコトヲ業トスルコトヲ得ス」と規定し(2 条)、違反した場合には 1 年以下の懲役または 1000 円以下の罰金に処するとした(現在では、弁護士法 72 条から 74 条に同内容の規定がある)。

この法律は昭和 11 年 4 月 1 日から施行することとされ、公布から 3 年間の猶予期間が置かれた。従来から多くの者が規制対象の営業を行っており、公布後直ちに施行するならば既存業者の生活を脅かすおそれがあったため、猶予期間が設けられたようであるが、当時においては希であった。これは、既存業者が転業するための期間として、あるいは、既に譲り受けた権利を実現するための期間として位置づけられる。

しかし、取締法には、その施行前に譲り受けた権利であっても施行後には実行することが禁止されるのか否かについて経過規定がなかったため、2 条の適用範囲をめぐる問題が生じた。現に、債権の譲受および訴訟提起(売掛代金請求)が何れも取締法の施行前になされていた場合において、2 条の適用が争われた。この事件では、原告は、取締法を適用するならば「法律不遡及の鉄則、既得権保護の原則に背馳」することになってしまう、だが、本件の訴訟提起は「過去の適法行為の不可避の結果」なのであり、したがって、業として「他人ノ権利ヲ譲受ケ」ることを禁止する 2 条について、「既得権保護」のために、その適用対

<sup>290)</sup> この法律以前の各府県令における規制状況については、参照、鈴木多人「弁護士法改正問題の焦点」法曹公論 37 卷 1 号(昭和 8 年)15 頁以下。

象を同法施行後において譲受けた場合のみに限定して解釈すべきである、と主張した。

## 1. 大審院判決

然るに、大審院は、以上の事案において、取締法2条を適用すべきであると判断した<sup>(291)</sup>。

「昭和8年5月1日法律第54号法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律は、昭和11年4月1日より施行せられたるも、同法の性質上、同法施行前より同法2条所定の行為を業とする者が其の業として同法施行前に他人より譲受けたる権利を同法施行後に訴訟に依り実行することは勿論、其の権利実行の為に既に提起しある訴訟を同法施行後に遂行することも亦、之を許さざるものと解するを相当とする」。

なお、後に大審院は、取締法の施行前に権利を譲受けた者は、施行後において自ら当該権利を実行し得なくてはなるものの、第三者が当該権利を譲受けることについては、取締法2条に反するとしても法律上無効ではなく<sup>(292)</sup>、しかも、権利の実行を業としていない第三者が施行後に譲受けた権利を実行することは妨げられないと判断した<sup>(293)</sup>。つまり、取締法は、その施行前に譲受けた権利や譲受それ自体を無効とするものではない(行政法規に違反しても、私法上の行為を無効とするものではない)、とされたのである。

何れにしても、大審院判決は、取締法の施行前に権利を譲受けていた場合であっても施行後は同法が適用されると判断するにあたって、その理由を、「同法の性質上」としか示さなかった。これが何を意味するのかは、必ずしも明らかではない。実際、学説においては、判決をめぐって賛否が分かれたのであった。

## 2. 遡及効を有無をめぐる学説の対立——否定説

まず、取締法の遡及効を否定して、判旨を支持する見解があった。穂積重遠によれば、「本件は一見法律不遡及の原則の例外的様に思はれるかも知れぬが、さうではないのであって、訴訟の続行其ものが右法律の施行によって不適法となったのである。もし係属中の事件は

<sup>291</sup> 大判昭和12年7月23日・民集16巻1257頁。同旨、大決昭和13年8月16日・民集17巻1670頁。

なお、取締法の施行前に権利を譲受けたが、施行後になって当該権利を実行したことによる取締法2条違反の刑事事件においては、大審院は、2条の適用を否定した(大判昭和12年5月26日・刑集16巻787頁)。すなわち、「数個の行為が相結合して一罪を構成すべき場合に於て、其の一部の行為が〔刑罰を新設する〕新法施行前に行はれたるときと雖、……其の全部に付其の罪を問ふことを得ざるものとす。昭和8年5月1日法律第54号法律事務取扱ノ取締ニ関スル件第2条の罪は、他人の権利の譲受及其権利の訴訟其の他の手段に依る実行なる分割して観察することを得べき二個の行為が相結合して一罪を構成するものなるところ、右の所為は同法施行前には適法なるものとして法の認容したところなりしに拘らず、同法の施行に依り新に犯罪を為るに至りたるものなるを以て、右権利譲受行為にして同法施行前に完了したる以上、仮令其の権利実行の行為が同法施行後に行はれたりとするも、如上の理に依り、全体として同法の適用を受くべき限りにあらずと云はざるべからず」。

<sup>292</sup> 大判昭和15年12月10日・法律評論30巻諸法308頁。

<sup>293</sup> 大判昭和15年11月30日・法律新聞4654号10頁。



追行して可なりといふ趣旨ならば、特に其旨の経過規定を要するかも知れぬ」<sup>(294)</sup>。

こうした見解は、梶田年（大審院判事）が述べているように、権利譲受とその実行行為は別個の行為として区別できることを前提としている。そうであるとすれば、取締法の施行後には業務としての権利の実行行為が禁止されるのは当然であり、したがって、判旨は「理論上不遡及原則其の儘に従った当然の解釈である」ということになる<sup>(295)</sup>。

ただ、不遡及原則とは別に、梶田は、「適法有効に譲受けた債権に就て、其實行行為を其後の法律に依て禁止するといふことは、……既得権保護の立法上の常道に反する結果となる」と解していた。既得権保護の問題である。この点、「法律が特に此の適法に譲受け取得せられた債権の実行行為を禁止しない限り、既得権尊重の常則から、斯かる債権の実行行為は、それが、一般的の禁止法律施行後に於ても、之を許容する立法の趣旨であると解すべきでないか。否、斯く解することが、一般法律解釈の法則に適合しているのであろう」、と述べられている。つまり、梶田によれば、特に明文規定のない限りは既得権が尊重されるものとして解釈すべき、というのである<sup>(296)</sup>。

おそらく、大審院がその判断の根拠として指摘した「同法の性質」とは、大審院の意図としては、取締法 2 条が訴訟による権利の実行の業務を禁止したに過ぎないという趣旨であったと思われる<sup>(297)</sup>。だが、こうした理解に対して、学説からは反対もあった。

### 3. 遡及効を有無をめぐる学説の対立——肯定説

公法学者として唯一検討を行った美濃部達吉は、判旨に反対した<sup>(298)</sup>。そもそも、一個の債権を実行する行為だけでは「業」とは見なし得ない<sup>(299)</sup>、というのが主たる理由であった。

<sup>294</sup> 穂積重遠「判批」民事判例研究会『判例民事法昭和 12 年度』312-314 頁（314 頁）。

<sup>295</sup> 梶田年「判批」法学新報 48 巻 3 号（昭和 13 年）133-140 頁（136 頁）。

<sup>296</sup> もっとも、法律事務取扱の取締法には施行日を定める以外に経過規定はなかったが、公布から施行の間に 3 年の猶予期間があったことから、梶田はここに注目して、既得権の侵害を許容するとの立法趣旨を読み取ったのであった。すなわち、「此の永い施行猶予の期間を定めた法律の趣旨から稽へて見ると、猶予期間後即ち法律施行後に於ては、施行前（又は法律公布前）に適法に譲受けた有効な権利でも、最早其実行は許さぬ、訴訟行為は許さぬ、といふ法律の精神が窺はれるのである。縦令、施行前に訴訟を提起しても其の訴訟の係属中に、施行期が到来した場合には、猶其訴訟遂行を許さぬといふ趣旨であると解せられるのである。永い施行の猶予期間を定めたのは、譲受けた権利は猶予期間中に速に処理し実行し終れ、という警告を与えているものと解すべきが故である。斯様な立法の沿革からして、既得権保護の常則は、此の法律に於ては、一定の猶予期間内丈に、之を認むることに止めて、期間経過後は認めぬといふ建前を採ったものと解せねばならぬ。即ち既得権保護の常則に制限を加へたのである」（同上 137-138 頁）。

<sup>297</sup> 取締法の時間的適用範囲に関しては、華族世襲財産法の事例（改正法により、損害賠償請求権に限って華族の世襲財産に対する差押が認められた）が想起されよう。この点、学説は、既存の賠償請求権について新法により差押が可能になるとしても、債権の効力に触れることはなく、不遡及原則には反しないと解した。取締法による権利実行の禁止についても、これに遡及効を見出さなかった大審院および穂積や梶田の見解は、同じように考えたものと思われる。

<sup>298</sup> 美濃部達吉『公法判例評釈昭和 12 年度』（有斐閣、昭和 13 年）17-20 頁。

<sup>299</sup> すなわち、「法律の禁止して居るのは、権利の譲受及び実行を『業トスル』ことに在る。或る事を『業トスル』とは、営業として其の行為を繰返し行ふことの意味を以て或る行為を為すことを意味する。適法に譲受けた特定の単個の権利に付き其の実行行為を為すことは、限られた特定の行為たるに止まり、これを業とするものではない。権利の譲受が適法に為された以上は、此の権利の実行も亦適法にこれを

ただ、これに加えて、本件における取締法の適用は法律の不遡及原則に反する、とも批判された。美濃部は、このことを次のように述べる。

「法律施行前に為された権利の譲受が完全に有効であり、譲受人は有効に権利者となったことは勿論であるに拘らず、其の後新に其の業務を禁止する法律の施行せられたために、其の権利が法律上の保護の無いものとなるとすれば、結局其の法律の効力は既往に遡り、法律施行前に行はれた権利の譲受を無効ならしむることに帰し、法律不遡及の基本的原理を無視するものと謂はねばならぬ。」

ここでは、権利の法律上の保護が事後的に奪われることは当該権利の譲受の無効をも帰結してしまうという意味で、遡及効が見出されたのだと考えられる。ただ、美濃部においては、一個の権利の実行行為そのみでは業務に当たらないことが前提とされていたが、大審院は業務の該当性を肯定した。また、後の判決による判断ではあるが、既述のとおり、取締法 2 条の違反によって権利や譲受それ自体が法律上無効となるわけではない。そのため、美濃部の説示は、ある行為が業務として遂行することに限って禁止された場合に、当該業務に関連する過去の行為にどのような影響が及ぶのかという問題に答えてはいないものと思われる。

だが、大審院のように業務該当性を前提としつつも、権利譲受とその実行行為は一体的であるという観点から、判旨に反対する見解もあった。中村宗雄（民事訴訟法学者）は、次のように述べる。

「本件事案たる債権取立訴訟の遂行は、既に本法施行前より裁判所に係属せしものであり、而かも同じく本法施行前適法に為されたる債権譲受行為に続き之を相待ち一連の業務行為を組成して居るのであるが故に、かかる過渡期の行為に対しては、法律不遡及の原則に依り本法を適用せざるが相当であったと考へる。」<sup>(300)</sup>

確かに、「一連の業務行為」につき、その一部が既に開始あるいは完了していた場合に、遂行途中でそれを規制する新法の施行によって所期の成果が得られなくなるとすると、既遂の行為が事後的に無意味になってしまう。本件では、取締法 2 条により「一連の業務行為」（権利の譲受およびその実行）が禁止された結果、既に適法に完了した業務の一部（譲受）が無意味になってしまう。そうすると、取締法の効力が遡及していると考えerことは可能であるように思われる。

---

為し得べきものでなければならぬことは勿論で、其の実行行為が仮令法律施行後に及んだとしても、それは適法の業務として為された行為の跡始末であるに止まり、其の業務を継続して居るものではない。

「業務を継続するとは、本件の如き場合に付いて言へば、法律の施行後にも引続き、訴訟其の他の手段に依り権利の実行を為す目的を以て、営業として権利の譲受をなす場合に、始めてこれに該当する。」

<sup>300</sup> 中村宗雄「判批」民商法雑誌 7 卷 3 号（昭和 13 年）465-472 頁（469 頁）（同『判例民事訴訟研究 第 1 巻』（巖松堂、昭和 14 年）259-269 頁に所収）。

こうして、法律事務取扱の取締法は「一連の業務行為」をその遂行途中に禁止するものであり、その時間的適用範囲をめぐっては、やはり、不遡及原則に関わる問題があったはずである。しかし、大審院は、この問題を全く取り上げなかった。それは何故か。この点、次に検討する戦時統制法規をめぐっても同じような問題が生じたのであった。

### 第三項 戦時統制法規

先の大戦中には、国内であらゆる生活物資が不足することとなったため、その製造・販売や配給について統制がなされた<sup>(301)</sup>。統制法規の時間的適用範囲をめぐって、「一番問題になったのは、例へば販売禁止或は制限等について、施行前の契約に基いて、施行後引渡をなす場合のやうに、一つの連続した行為が、法令施行の前後に跨る場合」であった<sup>(302)</sup>。統制法規が制定され始めたとき、その適用範囲が明記されなかったためである。初めて切符制を導入した「綿絲配給統制規則」(昭和13年3月1日商工省令第6号、公布即日施行)が、まさにそうであった。

綿絲配給統制規則は、「綿絲……ヲ原料又ハ材料トスル製品ノ製造又ハ加工ヲ業トスル者ハ地方長官ニ於テ又ハ商工大臣ノ指定シタル団体ニ於テ割当テタル数量ヲ超エ綿絲ヲ原料又ハ材料ニ使用スルコトヲ得ズ」(国内用品に限られ、輸出品は除く)(1条1項)という規定を柱とする。業者には割当数量に応じた割当票が交付され(2条1項)、この割当票との引換でなければ綿絲を売買できないこととされた。すなわち、「工業者ハ割当票ト引換フルニ非ザレバ其ノ使用スル綿絲(輸出品又ハ輸出品ノ原料若ハ材料ノ製造又ハ加工ノ為使用スルモノヲ除ク)ヲ買受クルコトヲ得ズ」(3条)、「工業者ニ対シ前条ノ綿絲ヲ販売スル者ハ割当票ト引換フルニ非ザレバ之ヲ販売スルコトヲ得ズ」(4条)。この規則に違反した場合には、規則制定の根拠法令である「輸出入品等ニ関スル臨時措置ニ関スル件」(昭和12年9月10日法律第92号)により、1年以下の懲役または5000円以下の罰金に処せられる(5条)<sup>(303)</sup>。

このように、綿絲配給統制規則により、綿絲の「買受」(3条)や「販売」(4条)が制限されることとなった。だが、その際、規則の施行前になされた綿糸の売買契約であっても未履行のものには規則3条・4条が適用されるのか否か、が問題となった。

#### 1. 大審院判決

<sup>301</sup> 販売・配給の統制法規の概要につき、参照、猪俣・前掲『闇取引と刑罰』87-138頁。

<sup>302</sup> 法令調査研究会『誰にも解る統制違反の判例解説 一輯』(船場書店、1940年)1頁。

<sup>303</sup> なお、綿絲配給統制規則の各条項の根拠は、臨時措置法の2条であった。そこには、「政府ハ支那事変ニ関連シ国民経済ノ運行ヲ確保スル為特ニ必要アリト認ムルトキハ輸入ノ制限其ノ他ノ事由ニ因リ需給関係ノ調整ヲ必要トスル物品ニ付左ノ措置ヲ為スコトヲ得」とされ、1号で「命令ノ定ムル所ニ依リ当該物品ヲ原料トスル製品ノ製造ニ関シ必要ナル事項ヲ命シ又ハ制限ヲ為スコト」とあることに基づき規則1条が制定され、2号で「当該物品又ハ之ヲ原料トスル製品ノ配給、譲渡、使用又ハ消費ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコト」とあることに基づき規則3条と4条が制定された。この臨時措置法については、参照、尾山万次郎『解説統制法令全書』(天泉社、昭和18年)。

大審院は、次のように判示して、規則の適用を認めた<sup>(304)</sup>。

「〔本件規則〕の附則に於て、本則は公布の日より之を施行すと規定す。故に、第3条第4条の規定は、昭和13年3月1日以前に成立したる売買契約に基き同日以降に其の履行として綿絲を引渡す場合にも其の適用あるものと解するを相当とす。蓋し、(一) 売買は民法の規定に依り明かなる如く、当事者の意思表示の合致により成立するものなれば、前記第3条の買受、第4条の販売を以て、単に売買契約を指すものなりと解せむか、割当票と引換に非ざれば買受又は販売することを得ずとの文旨は其の意味を為さざるに至るべし。故に、割当票と引換ふるに非ざれば買受若は販売を為すことを得ずとは、割当票と引換ふるに非ざれば、所謂現実に売買は勿論、既成の売買契約に因る綿絲の引渡を為すことを得ずとの意なりと解するを相当とすべく、(二) 又斯く解することは、輸出入品等に関する臨時措置に関する法律第2条、並、綿絲配給統制規則の精神に適合し、所謂国策に合するものと謂ふべし。」(番号は原文どおり)

ここでの主要論点は、一見すると、「買受」「販売」には引渡も含まれるのか、という文言の解釈であったようにも思われる<sup>(305)</sup>。これ自体、一つの問題であることは確かであるし、大審院が「買受」「販売」には契約だけでなく綿糸の引渡も含まれると判断した二つの理由も、引渡も統制すべきことの理由となっている。ただ、本件での結論として、「昭和13年3月1日以前に成立したる売買契約に基き同日以降に其の履行として綿絲を引渡す場合にも其の適用あるものと解するを相当とす」と判示した部分には、大審院の意図はともかくとして、時間的適用範囲に関する判断もが含まれている。そして、そこでは、規則の施行前の契約に対してもその適用が肯定されたのであった。

## 2. 明文規定なき遡及効

現実的にみれば、物資の需給統制という目的からしても、また売買契約の日付を当事者間で書き換えることは容易であることからしても<sup>(306)</sup>、判旨のように判断せざるを得なかったことと思われる。実際、そうした結論を導くために、大審院は、規則の実効性や「精神」を考慮した。さらには、「国策に合する」という理由が挙げられたことに着目するならば、戦時の例外的状況が背景にあったとも考えられる。

経過規定がない場合において法律の時間的適用範囲を画定するために立法目的を考慮することは、明治以降の大審院および学説の支配的立場ではある。ただ、それには限界があり、明文規定がない限り法律は遡及しないことが原則とされてきた。例えば、利息制限法をめぐっては、不遡及原則により、改正法の上限利率を超えているとしても改正前の契約

<sup>304</sup> 大判昭和14年3月29日・刑集18巻158頁。

<sup>305</sup> この問題を取り上げるものとして、参照、猪俣浩三『統制法令の臨床解釈』(有光社、昭和18年)96-107頁(配給統制に於ける販売の意義)。猪俣は、『販売』という法律上の既成概念を、殊更従来と意義を異にした解釈をとるといふことは拙いことだと思う」と述べる。

<sup>306</sup> 参照、前掲『誰にも解る統制違反の判例解説』17頁。

については改正後も効力を有し続けると判示された。

これに対して、統制法規については、その施行前になされた売買契約を履行不能としてしまうこと、したがって現実的には契約を無効としてしまうことが許容された<sup>(307)</sup>。しかも、その際、不遡及原則について全く言及されなかった。大審院としては、統制法規は即時かつ一律に実施されるべきであると意図しただけなのかもしれない。だが、何れにしても、統制法規に対しては、明文規定なくして遡及効が認められたと解さざるを得ない。そして、実は、同じことは先述の法律事務取扱の取締法についても言い得るところであった。つまり、大審院は、少なくとも判決理由をみる限り、公法においては不遡及原則を認めていないかのようなのである。

とはいえ、判決後の統制法規においては、判決の趣旨が条文で明文化されることとなったので、時間的適用範囲をめぐる問題は立法によって解決された。すなわち、絲配給統制規則（昭和14年商工省告示第7号）は、綿絲配給統制規則と条文・文言は同じであるが、その附則4項において、「工業者ニ対シ第三条ノ絲ヲ販売スル者ハ本則施行前ニ為シタル販売契約ニ基キ工業者ニ対シ第三条ノ絲ヲ引渡スコトヲ得ズ」と規定したのである。また、その他の物品を対象とした販売・配給の統制法規においても、本則中に、「販売（本則施行前ニ為シタル契約ニ依ル引渡ヲ含ム）」というような形で、時間的適用範囲が明確にされたのであった（石炭配給統制規則1条、物品販売価格取締規則1条、鉄鋼配給統制規則2条、鉄屑配給統制規則3条、国産羊毛の購買制限に関する件）。

なお、これらの規則では、「販売」には「引渡」も含まれると規定されたが、「買受」については、その施行前になされた売買契約に基づいて施行後において買い受けること（引渡を受けること）が許されないとは規定されなかった。この場合、販売行為のみを禁止して購入については罰しない趣旨であるとも考えられることから、「買受」の意味がなお問題となった。

だが、この点、大審院は、規制の対象は「物品夫れ自体にありて、其の物品授受の権利義務の発生時期の如きは問ふ所にあらざる」<sup>(308)</sup>こと、あるいは、「販売（本則施行前に為したる契約に依る引渡を含む以下同じ）することを得ざる旨規定し、以て右配給統制規則施行以前に締結したる売買契約に基く引渡をも同条の販売に包含せしめ、物資需給の統制の達成を期したる律意を推断し得る」<sup>(309)</sup>ことからすると、販売者による引渡のみを規制するだけでは立法目的が達成されず、したがって、過去の契約に基づき買い受けること（引渡を受けること）

<sup>307</sup> なお、統制法規の時間的効力の問題とは別に、それに違反した行為の私法上の効力という問題がある。当時の論者によれば、配給統制規則は「需給関係の調整を図ることを趣旨」としていることから、それに違反する売買契約は無効であると解された。すなわち、「無券取引によるこの種の物資の売買契約は、当該物資に関する所有権移転の効果を生じ得ないのみならず、当事者間における物資移転の債権契約それ自体も無効となるものと解すべきであらう。蓋し右の契約の成立によって、これらの物資があるべからざるところに流れ込む結果を招来することとなり、直ちにこれらの法令の趣旨に反するからである」

（原龍之助『統制と行政法の理論——統制法の一理論的研究』（有斐閣、昭和19年）326-327頁。305頁以下には、この問題に関する学説・判例の整理がある）。

<sup>308</sup> 大判昭和14年11月9日・刑集18巻519頁。

<sup>309</sup> 大判昭和15年3月9日・刑集19巻86頁。

も、「買受」として許されないと判断した。のみならず、大審院によれば、そもそも、「販売」についてのみ「(本則施行前ニ為シタル契約ニ依ル引渡ヲ含ム)」と明記したことは、「注意的規定」を設けたに過ぎない。しかも、「販売又は買受に付注意的規定を設けたるときは、其の反面たる買受又は販売に付き同規定を設くるが如きは徒らに繁雑を増し立法の体裁を毀くるを以て、其の一方的注意規定を以て十分なり」<sup>(310)</sup>、と解したのであった。

確かに、明文規定がなかった事案においての先例との整合性を確保するためには、明文規定が置かれていた事案においても、その存在を重視し得なかったことであろう。だが、何れにしても、大審院は、統制法規の解釈においては条文の文言にはこだわらず、立法趣旨を考慮することで結論を導こうとした。その結果、経過規定がなかった場合の時間的適用範囲だけでなく、それが置かれたが、なお明記されていなかった買受の場合に関しても、統制法規の遡及適用が認められたのであった。

こうして、一連の判決からすると、やはり、公法では不遡及原則が妥当しない、すなわち、明文規定がないとしても公法上の法令は施行前の事実に対しても効力が及ぶ、というのが判例であったのではないかと考えられる。

#### 第四項 学説と立法例

##### 1. 行政法の概説書

戦前の行政法の概説書に目を転じると、行政法の時間的効力が論じられることは希であった。例外的に、「行政法の時に関する効力」の項目を置いている文献はあるが、そこでは、以上までの学説・判例とは異なる記述が見られる。そして、行政法に固有の議論が展開されたわけではなく、『法学通論』での記述と大差は無かったのである。例えば、中谷敬寿（関西大学教授）は、次のように述べていた。

「行政法も亦、他の法と同様に、将来一定の事実の発生すべきことを予想して規定され、その事実が現実に発生した場合に始めて之に対して適用せられるものであるから、当該行政法規の成立以前に発生した事実に対しては、その行政法を適用すべきでない。即ち、行政法の時に関する効力に就いては、その法規自体に反対規定を設けざる限り、矢張一般に、法規不遡及の原則が行はれる。」<sup>(311)</sup>

野村淳治（東京帝大名誉教授）もまた、これを殆ど同じく述べていた。

「行政法の亦他の法規と同じく、一定の事実の将来に於て発生すべきことを予想し、その事実の発生すべき場合に於て、人格者たる個人又は団体が一定の権利義務を有すべきことを抽象的に規定する

<sup>310</sup> 前掲・昭和14年11月判決。

<sup>311</sup> 中谷敬寿『行政法総論講義案』（甲文堂書店、昭和11年）32頁。中谷は、京都帝国大学において佐々木惣一から行政法を学んだ。もっとも、佐々木惣一『日本行政法総論』（有斐閣、大正13年）には、行政法の場所的効力を扱う「行政法の法域」の項目はあるが、時間的効力については論じられていない。

ものである。従ってそれはその行政法規の予想する事実（自然的事実又は人為的行為）が将来に於て発生する場合に於て、始めてこれに対して適用せらるべきであって、その法規の発布前に発生した事実に対して適用せらるべきものではない。即ち行政法規の効力は既往に遡らないのが原則である。併し乍ら立法者がこれに反対の規定を設けた場合はこの限りでない。」<sup>(312)</sup>

このように、時間的効力を取り上げる論者においては、行政法においても不遡及原則の一般論が妥当すると考えていた。少なくとも、概説書において、公法における不遡及原則の否定論を展開する者はいなかったのである。

## 2. 恩給法の立法例

次に、実際の立法例をみると、戦前においても、経過規定を詳細に整理することにより従前の地位を広く尊重する法律もあった。その一つに、恩給法を挙げることができる。

### (1) 大正 12 年制定の恩給法

大正 12 年に制定され現行法でもある恩給法（大正 12 年 4 月 14 日法律第 48 号、同年 10 月 1 日施行）は、それ以前の、明治 8 年に発足した軍人の恩給制度および明治 17 年の文官の恩給制度との関係上、従来の恩給の取扱や新法の適用関係について明らかにする必要があったため、詳細な経過規定が置かれていた。そして、原則として、「本法施行前給与事由ノ生シタル恩給、退隠料、遺族扶助料其ノ他之ニ準スヘキモノニ付テハ従前ノ規定ニ依ル」（85 条 1 項）、つまり、なおも旧法によることとしたのであった。

ただし、恩給の受給関係の規律は旧法の規定によるとしても、「従前ノ規定ニ依ル恩給、退隠料、遺族扶助料其ノ他之ニ準スヘキモノハ之ヲ本法ニ依リ受ケ又ハ受クヘキ恩給ト看做ス」（2 項）、つまり、新法による支給と同視されることになる。その際に、新法が規定する恩給等の何れに相当すると見なされるのかについては、「前項ノ場合ニ於テ従前ノ規定ニ依ル恩給、退隠料、遺族扶助料其ノ他之ニ準スヘキモノカ本法ニ依リ給与スル恩給ノ何レノ種類ニ属スヘキカハ公務員及其ノ遺族ノ種類並給与ノ事由ニ依リ之ヲ定ム」（3 項）、「従前ノ規定ニ依ル恩給、退隠料、遺族扶助料其ノ他之ニ準スヘキモノニシテ本法ニ依ル恩給ニ該当セサルモノアルトキハ本法ニ依ル恩給中最近キ性質ヲ有スルモノニ依ル」（4 項）とされた。

85 条による旧法適用の原則については、ある事件において被告（内閣恩給局長）が説明しているように、それは「既得の利益」を保護するための規定であった。すなわち、「恩給法施行前公務員たるものにして、従来旧法の規定の依り年金的恩給を給与せられ居たる者あり。若し何等の規定なくんば、此等の者は第 58 条第 1 項の規定〔注、恩給受給者が公務員に就職した場合には恩給は停止される〕に依り……恩給法施行の日より其の受くる恩給を全然停止せられ、其の収入に大なる減額を見るに至るべし。此に於て、恩給法第 85 条第 1

<sup>312</sup> 野村淳治『行政法総論上巻』（日本評論社、昭和 12 年）55 頁。昭和 17 年の増訂版においても記述に変化はない（57 頁）。

項に於て同法施行前年金的恩給要件を完了したるものに付ては、同法施行に際し経過的には依然旧法に依り支配せしむるものとし、停止関係は旧法の定むる所に依らしめ、以て此の如く急激に既得の利益を失ふに至るべきものの保護を期したり」。こうしたことから、この事件においては、行政裁判所も、恩給法は「同法施行以前給与事由の生じたるものなり」と否とに依り新旧二法適用の区分を定めたるもの」であると判示した<sup>(313)</sup>。

したがって、既に給与事由が発生していたならば、恩給法施行当時において裁定がなされていない場合であっても、旧法が適用される<sup>(314)</sup>。また、旧法下で生じた恩給の停止事由によって恩給が停止されている間に恩給法が施行されたとしても、なお旧法の規定に服する（そのため、旧法の停止事由が新法では削除されたとしても、旧法によって恩給が停止されていた者については、停止が解かれることはない）<sup>(315)</sup>。ただし、恩給法の停止事由がその施行後に生じた場合、例えば、恩給受給者が新たに公務員として就職したときは、85条2項により、恩給法が適用される<sup>(316)</sup>。

なお、恩給法施行前の在職年の計算についても、原則として旧法によるとされた（90条1項本文）。したがって、従来通算されていたものは将来も通算され、従来そうでなかったもの（例えば、軍人と巡査の在職年）は、新法では通算すると規定されているとしても、通算されない。ただし、新法施行の際に在職していて施行後に退職した者については、退職時に就いていた職に継続する在職に限り、新法の規定による通算が認められた（1項但書）。

## （2）昭和8年改正の恩給法

財政上の事情による最短恩給年限の延長等を内容とする昭和8年の恩給法改正（昭和8年4月10日法律第50号、同年8年10月1日施行）に際しても、やはり、詳細な経過規定が置かれた。

まず、大正12年法と同じく、「本法施行前給与事由ノ生ジタル恩給ニ付テハ仍従前ノ規定ニ依ル」（附則2条）との原則を定め、「不遡及原則」、「改正法を遡及適用せぬといふ原則」を明らかにした<sup>(317)</sup>。在職年の計算についても、5条が「本法施行前ノ在職ニ付在職年ヲ計算スル場合ニ於テハ加算年又ハ休職等ノ減額ニ関スル改正規定ニ拘ラズ仍従前ノ規定ニ依ル」と定めた。

附則2条に関しては、昭和8年改正により新たに設けられた9条2項の失権事由（在職中の職務に関する犯罪（過失犯を除く）により禁固以上の刑に処せられたときは、恩給受給権は消滅する）が、改正法施行前に給与事由が生じていた者についても適用されるのかが問題となった。すなわち、恩給受給者が改正法以前に在職中の職務に関する犯罪を犯していたが、判決の

<sup>313</sup> 行判昭和4年11月19日・行録昭和4年1179頁（1169頁も同旨）。

<sup>314</sup> 行判大正15年2月18日・行録大正15年130頁。

<sup>315</sup> 行判昭和2年5月24日・行録昭和2年640頁。参照、内閣恩給局編『恩給法法規判例総覧』（朝陽会、昭和2年）131-132頁、高木三郎（宮内事務官、宮内省参事官）『恩給法通解』（自治館、大正14年）40頁。

<sup>316</sup> 前注行判、高木・前掲書32頁・40頁。

<sup>317</sup> 樋貝詮三（内閣恩給局長）『昭和8年改正恩給法解説』（良書普及会、昭和8年）146頁、上原秋三（内閣恩給局審査課長、貯金局事務官）『改正恩給法精解〔新訂版〕』（岩波書店、昭和18年）720頁。



確定は改正法施行後であった場合において、9条2項は適用されるのか否かである。行政側では適用し得ると考えたようである<sup>(318)</sup>。だが、行政裁判所は、失権事由の発生が改正法前であった本件において、その適用を否定した。

「〔改正法〕附則第2条には同法施行前給与事由の生じたる恩給に付ては仍従前の規定に依る旨規定せるを以て、原告に付同法施行後権利消滅の新事由の発生したる場合は格別、然らざる以上、同法に依り新に設けられたる法第9条第2項が原告の恩給に適用なきこと極めて明瞭なり。被告は原告の犯罪は同法施行前なるも処刑が其の施行後なるを以て同項の適用を受くべきものなりと云ふも、同項の精神は犯罪其の者を失権原因とし処刑は其の失権原因の存在を確認するの条件と為すに過ぎざるものと解するを相当とするが故に、被告の主張は採用し難し」<sup>(319)</sup>。

また、最短恩給年限が2年間引き上げられたことに関しては、附則11条が次のように規定した。「本法施行ノ際従前ノ規定ニ依ル普通恩給ニ付テノ最短恩給年限ニ達シタル者ニハ其ノ者ガ本法施行後改正規定ニ依ル最短恩給年限ニ達セズシテ退職シタル場合ト雖モ退職前ノ俸給ニ依リ之ニ普通恩給ヲ給ス但シ其ノ年額ハ在職年ノ不足一年ニ付退職前ノ俸給年額ノ百五十分ノ一ニ相当スル金額ヲ控除シタルモノトス」。つまり、旧法下で恩給受給権が生じていた者については、改正法は適用されず、受給権が尊重されたのであった。

ただ、この点、当時の理解によれば、そうした扱いは例外的に認められたものであったようである。というのも、附則11条は、次のように説明されていた。「理論から謂へば改正法施行後退職した者の恩給は改正法に依り律すべきであるが、改正法施行前に従前の最短普通恩給年限に達していた者には、普通恩給権に対する期待的利益が特に重大であるから、之を尊重して、改正法の最短普通恩給年限に達せずして改正法施行後退職（死亡した場合も同様に解す）した場合でも特に普通恩給権の発生だけは認めることになったのである、但し金額は恩給権発生不発生の問題の重大なるに比すべきでないから、改正法との権衡上、改正法の恩給率及基礎俸給を基準とすることになった」<sup>(320)</sup>。

<sup>318</sup> 上原・前掲書 721 頁（本書初版は昭和8年）。

<sup>319</sup> 行判昭和14年7月21日・行録昭和14年583頁。同旨、行判昭和15年2月14日・行録昭和15年36頁。なお、恩給法の制定以前から、行政裁判所は同旨に解していた。すなわち、市条例によって規定されていた当時の市吏員の退隠料に関して、大正3年には既に、次のように判示されていた（大判大正3年3月31日・行録大正3年394頁）。「新条例第8条は旧条例第9条を改正し権利喪失の原因として新に第3号を追加したるものなれば、同号の規定は特別の規定なき限り旧条例に依り退隠料を受くる権利を有する者に対しても適用せらるべきこと明かなり。然れども、旧条例に依る権利者に対して之を適用するには、特別の規定なき限り、其失権の原因たる事実が新条例施行後に発生したることを要す」。

田中二郎は、戦後においても、上記の大正3年行判を参照しつつ、「古い行政裁判所の判例の中に、既得権を侵害する条例の遡及適用は許されない旨を判示したものがある」と述べていた（田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）168-169頁注5）。

<sup>320</sup> 上原・前掲書 741 頁。

## 第一部のまとめ

日本では、当初、フランス法の影響から、法律の不遡及原則を実定法化することが試みられた。それがボワソナードの起案した旧法例（明治 23 年）である。そこには、「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」と定める 2 条が置かれていた（以上、第一章第一節第一款）。学説も、法律の時間的効力を論じるに際してフランス法の古典的学説である既得権論を受容し、不遡及原則とは既得権の不可侵であると解した（以上、第一章第二節第一款）。

しかし、旧法例が施行されることはなかった。穂積陳重の手により旧法例が修正された際、旧 2 条は広範に失するとともに実際上も一般的規定は不要であると批判された（以上、第一章第一節第二款）。そうして制定された法例（明治 31 年）では、旧 2 条は削除された。この法例が施行されると、当時はドイツ法が強い影響力を持っていたこともあり、学説では、フランス法学説の既得権論には疑問が呈されるようになる。そして、不遡及原則とは、法律をその施行以前の事実・行為には適用しないことであると解されるようになった。学説から既得権の概念は消えなかったが、不遡及原則からは切り離された。既得権の尊重は重要であるとしても、それは単に法律によって認められた権利に過ぎず、その根拠であった法律が改正・廃止された場合には消滅するはずのものと解された。こうした見解は、華族世襲財産法の大正 5 年改正に際して端的に表明されていたし、大正以後は疑いなく学説の潮流となった（以上、第一章第二節第二款）。

大審院は、早くも明治 42 年には、法律に遡及効を付与する明文規定がない限りは法律不遡及が原則であることを明示的に認めるとともに、最初期には既得権論を採っていた。その後、おそらくは学説動向にしたがい、法律は施行以前の事実・行為には適用されないという意味で不遡及原則を理解するようになった（以上、第二章第一節第一款）。しかし、実際の裁判事例をめぐることは、しばしば、判例と学説は対立した。法律に明文の経過規定がないため不遡及原則にしたがった判例に対して、学説は、新法の目的の重要性を指摘することによって判例を批判し、施行以前の行為であっても新法を適用すべきと主張することがあった。また、明文の経過規定がある場合であってもその解釈は学説上一致せず、遡及効を認めた判例に対しても、希ではあるが、既得権論に依拠した批判がなされることがあった。

これに対して、公法においては、既得権の存在を否定するのが学説の主流であった。行政裁判所も、許可取消や新規制の適用を制限するような既得権を一度として認めなかった（第二章第二節第一款）。また、道路占用の許可者には許可ないようにつき既得権（一定限度以上に占用料を増徴せられざる地位）が認められることはなく、占用料の遡及的徴収は許されると判断した（第二章第二節第二款第一項）。大審院は、法律事務取扱取締法と戦時統制法規に関する事案において、これらの法律の施行前に取得した債権や売買契約に対しても特段の理由を述べずに法律の適用を認め、公法では不遡及原則を否定するかのようであった。だが、

概説書では、公法が例外領域であると説かれることはなく、公法でも不遡及原則が肯定されていた。また、例えば恩給法は、恩給受給権が成立していた場合について従前の受給権を尊重すること（旧法の適用）を明文で規定していたし、行政裁判所は、恩給受給権の失権に関する新法規定を過去の事実に対して適用することを認めなかった。つまり、恩給法にあっては、既得権が尊重されるとともに、遡及効が排除されたのである（以上、第二章第二節第二款）。

こうして、実際の立法や判例を踏まえるならば、戦前において、理論と立法実務・裁判実務は極めて錯綜していたと言える。公法においては既得権が認められないという見解は間違いではないが、立法上は必ずしも正確ではなかった。逆に、行政法の不遡及原則を肯定する学説が若干みられたが、行政裁判所や大審院の判例とは食い違っていた。ただ、そもそも公法においては、希に、私法学説の一般論が公法にも妥当するかのように説かれることはあったものの、公法の不遡及原則が独自に説かれることはなかった。不遡及原則の観点から大審院判決を批判した公法学者は美濃部達吉だけであり、総じて、戦前の公法学者の实际的関心は低かった（美濃部説については、第二章第二節第二款第二項を参照）。このことの背景には、検討すべき立法・判例上の素材は少なからずあったにもかかわらず、現実を踏まえて公法の時間的効力が論じられなかった、という事情があろう<sup>(321)</sup>。

では、公法には原則として遡及効があると解されたのだろうか。この点、昭和12年の田中二郎による指摘は一つの解答を示している。

「行政法規は他法と違ひ、遡及効が比較的多いと云はれる。建築・衛生に関する法規は、例へば既に存立する建築にも新法が適用されるのに依るが、これは民法の借地法・借家法等と何等性質を異にしない。行政法規は新しい法を画一的に適用を要求するから遡及効の如く見えるがさうではない。殊に租税・行政上の処罰の法規等は遡及効を持たない。他の法と区別すべき点はここにはない。」<sup>(322)</sup>

この見方によれば、「遡及効が比較的多いと云はれる」ようであるが、「民法の借地法・借家法等と何等性質を異にしない」、つまり、私法でも遡及効が認められる場合があるのであって行政法が特殊なわけではない。ただ、例えば借家法には「本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス」との明文規定があったために遡及効が認められた。行政法令にこうした規定がない場合はどのように解されるのか疑問が生じるが、おそらく、全てではないにしても、「行政法規は新しい法を画一的に適用を要求する」のであって、新法が適用されるが遡及効があるわけではない、ということになろう。そして、新法を将来的には広く適用すべきとする見解は大正以降の私法学説の潮流でもあったことからすると、この点でも、行政法と私法とは「何等性質を異にしない」ことになるのかもしれない。

<sup>321</sup> 林信雄『法律学入門〔新訂〕』（巖松堂書店、1944年）201頁は、既得権不可侵の原則の立法例として、恩給法を例示していた。

<sup>322</sup> 田中二郎『行政法Ⅰ』（昭和12年、帝大プリント連盟）66頁。

しかしながら、以上のような公法・私法の学説の立場には、一つの大きな疑問がある。換言すれば、戦前の日本法の研究の結果として、一つの大きな課題を痛感せざるを得ない。それは、以下のとおりである。

明治期に不遡及原則を法律で一般的に規定することが放棄された時点で、法律の時間的適用範囲は個別法ごとに整備すべきものの立法実務が確立した。ところで、近代的な法制度が整えられるにともない、立法実務では法令起案の手法が徐々に定まっていたことであろう。曖昧であった部分（厳密に書く必要が感じられなかった部分）についても、裁判紛争とそこでの解決を通じて、立法実務が明確になることもあったであろう。そして、時間的適用範囲についても、経過規定の有無や内容が一定の方針に依拠するようになれば、実務上において解釈や法適用に問題が生じることは減っていく。日本法は、基本的には立法的解決によるべきことが志向されたのであるから、こうした進展こそが望まれたはずである。そして、学説においても、法令起案の実務すなわち法制局の立場を理解した上で解釈論を展開することが求められることになる。現に、学説間の対立や判例に対する批判の中には、法解釈にあたって前提となる立法技術の理解についての相違が原因であることが少なくなかったように思われる。

もっとも、個別法の時間的適用範囲については以上のように言えるとしても、その背後にあるはずの法の時間的効力の問題も、立法実務（とりわけ法制執務と言われるもの）に専ら依存するのであろうか。この問題について仮に理論的な体系の存在を認めないとしても、少なくとも、立法実務は何らかの理論に依拠していることは否定できないであろう。では、個別法の時間的適用範囲、とりわけ経過規定の内容を制限したり指導する法原理があるとしても、それは立法実務によって時々の事情に応じて改鑄されてしまうのであろうか。

ただ、こうした問いも殆ど意味がないかもしれない。法律の時間的適用範囲に関する一つの原則に法律不遡及があり、これについて第一部では様々な視角から考察を行った。だが、結局、遡及効をめぐる裁判紛争や学説上の対立が生じたことの背景には、不遡及原則について共通理解がないだけでなく、それよりむしろ、この原則について日本法の状況を踏まえた上での本格的な検討がなされてこなかったことが大きく関係しているように思われる。学説は、ローマ法にまで遡るほどの大原則であるとして表面的に受容しただけではなかっただろうか。あるいは、不遡及原則の存在を維持しながら、大正以降になると新法の適用を広く認めようとした学説は、矛盾を感じなかったのであろうか。確かに、遡及効の概念が厳密に解されたため、理論的な矛盾があったわけではない。だが、中心概念を操作した際に、果たして、法の時間的効力に関する理論的検討が伴っていたのであろうか。学問的・理論的分析が行われなかったか、その必要が見出されなかったとすれば、この問題が立法実務に依存するのかという問いは意味をなさないのである。

新法を原則として適用するとしてしまえば、何も困難は生じない。特に、列強諸国に追いつくべく急速に近代的な法制度を整備していった時代には、新法を適用しないという選択肢は殆どなかったであろう。しかし、一応のところ法制度の整備が実現した後になると、

新法の制定は、不可避免的に旧法に突き当たる。そして、旧法の適用によって既に生じていた法的・事実的な状況が、いわば“既成事実”として、新法の前に立ちはだかることになる。もっとも、戦前日本の立法実務に、当初から一定の執務要綱のようなものが存在していたわけではない。例えば、明治42年の建物保護法では経過規定がなかったことから紛争が生じてしまい、おそらく、そうした経験を踏まえて、大正10年の借家法では「本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス」との経過規定が置かれたのである<sup>(323)</sup>。立法実務では、個別法ごとに新法の時間的適用範囲を整備することとされたため、個々の立法に際して、新設や改正の条文との関係において問題となり得る事案類型ごとに経過措置の有無・内容の検討が求められるのであるが、とはいえ、そうした実務的作業が経験的に積み重ねられることで一定の基準ができていったという側面は否定できないように思われる。そして、その後の法改正では、異論がなければ前例踏襲という形で処理されてきたのではないだろうか。

そうであるとする、経過措置について、日本法では立法実務の影響力が極めて大きいとはいえ、あるいは、そうであるからこそ、その前提になっていると考えられる法原則や法理論について再検討することは必要なのではないだろうか。この点、序章でも引用した一節であるが、昭和10年の田中耕太郎による次の指摘は、現代でも意義あるように思われる。

「現代の法律制度の複雑化と其の頻繁な改廃に適応して各種の法に関する時際法的原則の発見は、経過規定制定に指導原理を与ふる為めに絶対に必要であり、今後益々実際的重要性を加ふるのみならず、それは理論としても甚だ興味深いものである。」<sup>(324)</sup>

さて、序章において述べたように、戦後には法律の時間的効力をめぐって一定の議論がなされてきたが、それでも、「時際法的原則の発見」のための理論的営為は十分でなく、実際の事件となると各様の見解が提示されており、学説には一致が見られない状況にあると思われる。また、法制局を中心とした立法実務においても抽象的理念が示されるにとどまり、しかも、そこでは“既得権”の尊重が極めて重要なものとして挙げられていた。その問題性については、既に序章で指摘したとおりである。

そこで次に、フランス法を比較対象として、法の時間的効力に関する基礎理論的研究を行うこととしよう。

<sup>323</sup> この点の指摘として、参照、穂積重遠「判批」法学協会雑誌40巻4号（大正11年）185-186頁。

<sup>324</sup> 末弘厳太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和10年）「時際法（経過規定）」1098頁（田中耕太郎執筆）。

## 第二部

### 解への探訪

——フランス法における法の時間的効力論の分析——



### 第三章 フランス民法典 2 条の不遡及原則

フランス法を対象とする比較法研究に取り組むのが第二部であるが、本章では、まず、法律の不遡及原則について規定するフランス民法典 2 条を取り上げ、その制定過程における議論を分析する。これにより、不遡及原則の本質を探ることとしたい（**第一節——民法典 2 条の制定過程**）。次に、2 条の不遡及原則に関する 19 世紀の学説を取り上げる。特に、学説により形成され、19 世紀を通じてフランスにおいて支配的であった古典的な既得権論を分析する（**第二節——不遡及原則と既得権論**）。





## 第一節 民法典 2 条の制定過程

1804 年に制定されたフランス民法典には、「法律一般の公布、効果および適用について (De la publication, des effets et de l'application des lois en général)」の規定を置く前加章 (Titre préliminaire) があり、その中の 2 条は、法律の時間的効力について定めている。

2 条 法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。

(La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif)

本節では、このように法律の不遡及原則を宣言した民法典 2 条について、その制定過程での議論<sup>325)</sup>を辿ることとする<sup>326)</sup>。

起草者の一人であるポルタリスは、法典編纂の最初期に、「一般には、法律は遡及効を持たない。この原理は争の無いところである」<sup>327)</sup>と述べていた。しかし、民法典の起草者が不遡及原則を法律でもって規定しようとしたことは、争いのない大原則を実定法の形で確認するといった意図によるのではなかった。むしろ、2 条の制定の背景には、当時、法律の

<sup>325)</sup> 以下で取り上げるのは、実質的な審議が開始されて以降に限る。ただ、2 条を含めて、民法典の前加章には前史があったことを、ここで述べておく。

民法典が法案として初めて姿を現したとき（いわゆる共和暦 8 年草案、公表は翌年）には、「法および法律について (Du droit et des lois)」と題する前加編 (Livre préliminaire) として、全 6 章 39 カ条が置かれていたのであった。ポルタリスの有名な『民法典序論』(Discours préliminaire sur le projet de Code civil)（野田良之訳『民法典序論』(日本評論社、1947 年)）は、これを含む法案全体の趣旨説明である。そして、前加編の第 4 章「法律の効果について (Des effets de la loi)」には、上記 2 条と同じ条文があるが、それに続けて、3 条が、「ただし、既判力を生じた終審判決、和解、仲裁決定その他を妨げる場合を除き、前法の説明法律は、過去をも規律する。」(Néanmoins la loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée) と定めていた。

その後、文言が「Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée」となり、若干修正されるとともに、2 条 2 項に移された。修正箇所は、「説明法律」が「解釈法律」に、「過去をも規律する」が「説明対象の法律の日から効力を生じる」になった部分である。

だが、草案の審議が開始されたときには前加編は消えてしまい、条文の削減と構成変更がなされた上で、前加章となった。そして、それに伴い、2 条は手つかずであったが、3 条は削除された。3 条は解釈法律の遡及効を認めるものであったが、これは、フランス特有の立法実務として、ある法律の解釈について各裁判所で対立が生じた場合に、立法府が法律によって解釈を明確にすることが関係している。なお、法案 3 条は削除されたものの、判例・学説により、解釈法律は遡及効を有することが認められてきた。

解釈法律に関しては、日本の立法実務ではあまり見られないものであることから、本稿では取り上げないこととする。

<sup>326)</sup> フランス法における法律の不遡及原則に関する日本での先行業績としては、廣濱嘉雄「法の当然効・遡及効・追求効」民商法雑誌 3 巻 5 号（昭和 11 年）809-824 頁、稲葉彬「私法の領域における『法律の不遡及原則』について」浜松短期大学研究論集 55 号（1999 年）191-211 頁、小粥太郎「時際法・入門」『民法学の行方』（商事法務、2008 年）129-146 頁。

<sup>327)</sup> 前掲・『民法典序論』27 頁。

遡及効が政治的・社会的に問題となっていたという事情が関係していた。19世紀初頭の革命期に、アンシャン・レジームを打破して革命の理念を実現するための方策の一つとして、遡及立法までもが制定されたのである。それが、平等の実現を目的とした相続法制の遡及的な抜本改革である。だが、その結果、フランス社会には混乱が生じてしまった。こうした革命期の遡及立法の記憶とその反省が、後に、民法典の編纂において法律の不遡及原則を明記することにつながったのである（第一款——革命期の遡及立法）。

このように民法典2条の制定には実践的必要性があったのではあるが、革命の理念の実現ということが混乱の一因である以上、混乱の収束は革命を後退させることにもなりかねない。この点は、理論的にみれば、社会の大きな変革、特に近代法秩序の構築に際して、法律の時間的効力が重大な問題であったということでもある。実際、革命に起因する混乱を目の当たりにしても、法律不遡及を規定することについては、当初、賛否両論であった。そのため、起草者においては、現実的必要性を説くだけでは足りず、法律の遡及効の原理的意義を改めて確認しなければならなかった。こうしたことから、2条の審議では、不遡及原則の原理的正当化が試みられることとなった。これを担ったのがポルタリスである。こうした審議過程での議論を分析することにより、不遡及原則の本質の一端を明らかにできることと思われる（第二款——法案の審議）。

## 第一款 革命期の遡及立法

フランス革命期には、アンシャン・レジームの打破や革命の理念の実現のために、諸制度の大胆な改革が行われた<sup>(328)</sup>。本款では、その中でも遡及効もを伴って断行された相続法制の抜本改革とその顛末について概観する（第二項、第三項）。とはいえ、革命期といえども遡及立法が常態であったわけではない。旧制度の改廃は、その恩恵を受けていた者にとっては切実な問題であるだけに、立法者の重大な関心事であったことと思われる。実際、旧制度の改廃が常に徹底されたとは限らない。そのため、革命期においても遡及的な相続法が異質であったことを示すため、まず、アンシャン・レジームの打破という点では共通する封建的諸権利の廃止に関する諸立法を取り上げて、その時間的適用範囲について概観することとする（第一項）。

### 第一項 革命期の諸立法の時間的効力

封建的諸権利は、憲法制定国民議会の 1789 年 8 月 4-11 日の法律（Décret du 4-11 août 1789）によって廃止された。そこでは、「国民議会は封建制度を完全に破壊する。」（1 条）と宣言されたが、詳細については議会が後に定めるものとされた<sup>(329)</sup>。具体化のための法律の一つに、封建的諸権利に関する 1790 年 3 月 15-28 日の法律（Décret du 15-28 mars 1790）がある。注目されるのは、この法律が効力の発生時期を次のように明文で定めたことである。すなわち、領主特権は無補償で廃止されるが、これに遡及効はなく（第 2 章 33 条）、係属中の訴訟には一定事項に限って旧法が適用される（第 2 章 34 条）<sup>(330)</sup>。

<sup>328</sup> 以下で取り上げる革命期の諸立法については、参照、Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., 1960, rééd., 2008, Dalloz, pp. 69-82 ; Philippe SAGNAC, *La législation civile de la révolution française*, Hachette, 1898 (遡及立法に関しては、pp. 234-237, 325-329 et 358-362) ; Gustave ARON, « Les lois successorales de la révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1903, pp. 444-489 et 685-703. アロン論文は、第二部（685 頁以下）において、共和暦 2 年ニヴォーズ 17 日の法律から民法典までが取り上げられている。

なお、以下で引用する法律の条文は、Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat* で全て検索することができるので、一つひとつには出典を明記していない。

<sup>329</sup> 「国民議会は封建制度を完全に破壊する。封土上またはサンス地代上の権利義務のうち、物的あるいは人的なマンモルト (main-morte) または人的隷属に基づくもの及びそれらに類するものは無補償で廃止し、その他のものは、これを買戻すことができるものとする。買戻しの額および方法は、国民議会がこれを定める。

ただし、上記権利であって、この法律によっては廃止されないものは、償還まで徴収され続ける。」

<sup>330</sup> 第 2 章 33 条「この法律の公布日からのみ執行されることとなる第 1 章の 11 条および本章の 13 条、17 条および 19 条を除き、前条までの規定は、1789 年 11 月 3 日の公開状 (lettres-patentes) の公布日から効力を有するものとする。」。法律の公布日（1790 年 3 月 15-28 日）よりも効力の発生日は早められているが、封建制度の廃止は前記 1789 年 8 月 4-11 日の法律によって既に宣言されているため、実質的には遡及していない。

第 2 章 34 条「この法律によって無補償で廃止された権利に関して、前条が定める時期よりも前に提起され、終審判決の下されていない訴訟については、当該時期より以前になされた手続の費用および当該

また、相続に関して旧制度が廃止されるに際しても、当初は、効力の発生時期に配慮がなされた。上記1790年法は相続についても平等な財産分割を定めたが、そこでは、新制度は公布日以降に期限の到来する相続から適用されるものの（第1章11条1項）、婚姻している者や子を持つ未亡人が相続人である場合に限って、旧法の適用が認められた（同2項）<sup>(331)</sup>。無遺言相続に関しては、1791年4月8-15日の法律（Décret du 8-15 avril 1791）が年長であることや性別等による相続の不平等を廃止した（1条1項）<sup>(332)</sup>。これも、公布後に開始する相続から適用されるとともに、契約による相続人設定や夫婦財産契約等によって正当に定められた条項等については旧法の適用が認められた（4条）<sup>(333)</sup>。なお、1791年法でも、前記1790年法11条2項が認めた例外的な旧法の適用が同じように認められた（5条）。

しかし、立法議会になると、封建的諸権利を廃止する法律の効力は係属中の訴訟にまで及ぼされるようになった。すなわち、1792年8月25-28日の法律（Décret du 25-28 août 1792）は、無補償で廃止された貢租の未納分はもはや請求できず（10条）、廃止された封建的諸権利に関する係属中の訴訟は消滅すると定めた（12条）<sup>(334)</sup>。ただし、旧法に従って支払われた貢租についてまで遡及的に無効とはせず、その返還は不要とされた（12条但書）。訴訟の消滅については、1792年9月9日の法律（Décret du 9 sept. 1792）によっても宣言された。ここでは更に、既に判決が下されたが執行されていないものも消滅することとされた。後者の法律では、このようにすることが、「封建制を直ちに根底から一掃すること、そして、それを思い出させるかもしれない、あるいは、その直接ないし間接の帰結であり得るような全ての訴訟を終了させることが重要であることに鑑み」、採られた措置であると明記された。

---

時期より以前に期限の到来した未納額（arrérages）についてののみ、これに判決し得るものとする。」

なお、係属中の訴訟の処遇については、他の法律にも同様の規定がみられる（Décret du 17-21 mai 1790, du 19-23 juill. 1790 (art. 2), 7 juin-5 août 1791）。

<sup>331</sup> 第1章11条1項「財産についての全ての特権、封建制および貴族性は打破されることから、封土、領地、貴族の自由地に対する長子権および男子特権、ならびに、人的属性を理由とした不平等な財産分割は、これを廃止する。その結果、この法律の公布日以降に期限の到来する……全ての相続は、財産と人についての古い貴族的性質を考慮することなく、全ての市民の間での財産分割を規定する法律、規則および慣習にしたがい、相続人の間で分割されるものとする。この点に反する全ての法律および慣習は、これを廃止する。」

2項「現在婚姻している者もしくは子を持つ未亡人については、前項の限りでなく、それらの者に相続分がある……全ての相続について共同相続人とそれらの者の間でなされる財産分割においては、旧法が認めていた全ての利益（avantages）を享受するものとする。」

<sup>332</sup> 1条1項「無遺言の相続人の間において、長男あるいは次男であること、性別あるいは慣習上の除外による以前の不平等は、直系においても傍系においても、これを廃止する。同親等の全ての相続人は、これらの者に法律によって付与される財産に対して平等の相続分によって相続するものとする。同様に、代襲が認められる場合、各株（souche）において、平等の相続分により財産分割がなされるものとする。」

<sup>333</sup> 4条「1条から3条までの規定は、この法律の公布日後に開始する全ての相続において効力を有する。ただし、契約による相続人設定、その他夫婦財産契約や契約の効力があるとされていた地方における婚姻の条項によって正当に定められた条項を害することはできず、これらについては旧法にしたがって履行されるものとする。」

<sup>334</sup> 10条「無補償で廃止された権利の貢租の未納額（arrérages des droits）は、判決、同意または慣例に基づき支払われるべきであったものであるとしても、もはや請求できないものとする。ただし、旧法にしたがいが支払われた貢租については、返還を要しないものとする。」

12条「封土上またはサンス地代上の定期または不定期の全ての貢租で、以前の法律やこの法律によって無補償で廃止されたものに関して、係争中かつ終局判決の下されていない訴訟は消滅したものとし、訴訟費用は償還されるものとする。」

ただ、それでも裁判紛争は完全には無くならなかったようであり、国民公会になると、その収束を図るために、より徹底した訴訟の消滅が図られた。それが、共和暦2年ブリュメール9日（1793年10月30日）の法律（Décret du 9 brumaire an II）である。これにより、既は無補償で廃止された封建的諸権利に関する係属中の訴訟については、これ以後に判決あるいは判決の執行申立がなされたとしても無効であるとされた（1条）。法律公布後において訴訟を継続した場合、その費用は代訴人が負担することになる（2条）。法律により明示的に消滅するとされた係属中の訴訟について判決をした裁判官には、流贖罪が科される（3条）。しかし、ここでも、既に支払われた貢租までが遡及的に無効とされることはなかった。

国民公会では、相続制度に関しても、1793年1月4-5日の法律（Décret du 4-5 janv. 1793）により、前記1790年法によって認められていた例外的な旧法の適用が廃止された。それ維持するならば改革を半世紀も遅らせてしまう、というのが理由であった。ただ、その際、いつから廃止するのかについて規定はなく、その限りで遡及的廃止ではなかった。

このように、革命当初、アンシャン・レジームの廃止のためであっても遡及立法が制定されたわけではなかった。もっとも、係属中の訴訟を消滅させることは、新法以前の事実に対して旧法とは異なる帰結をもたらすことになり得るため、その意味で遡及効を見出す余地があるかもしれない。ただ、当時、それが遡及効であると考えられていたかは定かでない。例えば、ジャン・ドマは、「新法が現れた時に係属中で未決である事件（Les affaires qui se trouvent pendantes et indécises）は、前法の規定によって判断される。ただし、何らかの特別の理由によって、新法がその規定は過去に対しても適用されると明示的に定めた場合は、その限りでない。そのように明記されている場合には、あたかも、何らかの誤用によって用い方が変えられてしまった旧法や自然的衡平（*équité naturelle*）の規範を回復させるかのように、新法は過去に対する規範となるはずである……」<sup>335</sup>と述べていた。明文規定があれば、また、自然的衡平を回復するためであれば、新法は係属中の訴訟にも適用されると考えられていたようである。

何れにしても、その後、国民公会の急進的な姿勢は過去それ自体にまで向けられるようになる。それが、次に取り上げる遡及立法である。

## 第二項 遡及的相続法

### 1. 遡及効の根拠

国民公会において、革命の理念の一つである平等は自然法の原則であると考えられた。このことを根拠として、新たな相続制度に関する法律に対して遡及効を付与することは許されると考えられたのであった。具体的には、次のような論拠である。

すなわち、国民公会によれば、実定法は遡及するものでないとしても、自然法は、それが現れた日から適用されるべきははずのものである。フランスにおいては、バスティーユ監

<sup>335</sup> Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, Nouvelle éd., 1756 (1<sup>er</sup> éd., 1689-1694), Livre I, Titre I, Sect. I, § 14.

獄の襲撃の日である 1789 年 7 月 14 日こそ、自然法が人々の目に明らかになり、自然の諸権利が再び人々を支配することとなった日、あるいは、「アンシャン・レジームが革命に抗する力のないことが誰の目にも明らかになった日」<sup>(336)</sup> であるとされる。革命は、自然法に従うために実定法を斥けたのである。したがって、1789 年 7 月 14 日以降は当然に自然法の原則によって規律されるべきであり、理念的には新たな立法が現れたものと見なされなければならない。實際上そうした立法が制定されてこなかったとしても、それは人間の作業にともなう不可避的な遅れに因るに過ぎない。そこで、新たに制定された相続法に対する遡及効の付与は、この遅れを取り戻すことなのであった<sup>(337)</sup>。

こうしてみると、国民公会の理屈によれば、新たな相続制度を 1789 年 7 月 14 日から実施することには、実質的にみれば遡及効はなく、革命の理念あるいは自然法の原則と不可分な立法を遅ればせながら実現するだけ、ということになる。そして実際に制定された法律が、共和暦 2 年ブリュメール 5 日（1793 年 10 月 26 日）の法律と、共和暦 2 年ニヴォーズ 17-21 日（1794 年 1 月 6-10 日）の法律である（ニヴォーズは「雪月」と訳されるため、以下では、後者の法律を「雪月法」という）。以下では、二つの法律を、その効力発生の時期に着目して概観する。

## 2. 共和暦 2 年ブリュメール 5 日（1793 年 10 月 26 日）の法律（Décret du 5 brumaire an II）

この法律は、1 条において、革命の理念に反する民事上の行為や契約の条項はすべて無効であることを原則として宣言する。すなわち、「強行条項または禁止条項（*clause impérative ou prohibitive*）は、それが法律および習俗に反する場合、受贈者、相続人または受遺者の信仰の自由を侵害する場合、指定された者との関係においてであっても婚姻や再婚する自由を妨げ、または、ある身分、職もしくは職業を選ぶ自由を妨げる場合、法律が市民に課した義務の履行および市民に付与した職務の遂行をさせなくする場合、1791 年 9 月 5 日のデクレより以前になされた行為に置かれたものであっても、すべて書かれていないものとみなす（*est réputée non écrite*）」。

そして、相続に関しては、次のとおり、1789 年 7 月 14 日まで新法を遡及させることが 9 条で定められた。

9 条 父、母その他の尊属および傍系親族の相続で、1789 年 7 月 14 日以降に開始され、および、将来開始されるものは、法律、慣習、慣例、贈与、遺贈および既になされた財産分割にかかわらず、子、卑属または傍系の相続人の間でこれを平等に分割することとする。その結果、子、卑属および傍系の相続人は、その尊属または傍系親族がそれらの者に対して 1789 年 7 月 14 日以後になした贈与により無償で有していたものについては、当該相続を放棄するとしても、その取消を免れることはできない。

<sup>336</sup> Adhémar ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, J.-B. Sirey, 1908, p. 242-243.

<sup>337</sup> Cf. Ph. SAGNAC, *La législation civile de la révolution française*, *op. cit.*, pp. 325-326.

ただ、この法律は技術的な欠陥があったことから、実際に執行するためには詳細な規定を整備する必要が生じた。そのため、さらに、雪月法が制定されたのである。

なお、平等相続を遡及させることに合わせて、非嫡出子（婚外子<sup>(338)</sup>）の相続権<sup>(339)</sup>も遡及的に認められた。すなわち、共和暦2年ブリュメール12日（1793年11月2日）の法律（Décret du 12 brumaire an II）は、「現に生存している婚外子には、1789年7月14日以降に開始された父または母の相続が認められるものとする」（1条）、「前条の相続権は、その他の子と同じものである」（2条）と定めた。しかも、1789年以前に開始された相続であっても、婚外子には、相続人との間で訴訟が係属中である場合に限り、本来得られたはずの相続分の3分の1が認められるとされた（15条）<sup>(340)</sup>。そして、これらの帰結として、国民公会は、前述したところの封建的諸権利の廃止の場合と同じく、係属中の訴訟を消滅させた（17条）<sup>(341)</sup>。

ただし、婚外子の相続権の遡及的承認も、無制限ではなかった。既になされた財産分割は維持され、婚外子は現存する相続分について分与を受けるものとされ（3条）、また、既に收取された果実や第三者の既得権を害することはできないことが明記されたのであった（7条）<sup>(342)</sup>。

### 3. 共和暦2年ニヴォーズ17-21日（1794年1月6-10日）の法律（Décret du 17-21 nivôse an II）

さて、最終的には、この法律（雪月法）が、新たな相続制度とその適用範囲を体系的に整備した（雪月法により、相続に関する旧法はすべて廃止された）。この法律は二部構成になっている。第二部（62-90条）に新たな相続制度に関する規定が置かれているが、それよりも多くの条項を有する第一部（1-61条）は、すべて新法の時間的適用範囲に関する規定であった。このことは何より注目に値する。それ程までに新法の適用関係について配慮がなされ、非常に詳細に整理されたのである。

適用関係の基本方針については、既に引用したブリュメール5日の法律と同じであり、その条文の再規定もみられる。例えば、前記1条と同じ規定がある（12条）。1789年7月14日にさかのぼる遡及効については、前記9条と同じ規定が置かれた（9条）。さらに、次のように定めることで、雪月法による相続制度（62条以下の規定）の遡及効が再確認された。

<sup>338</sup> 以下では、フランスの法令において«enfants nés hors du mariage»という表現が用いられている条文を引用・説明する場合に限り、直訳により「婚外子」と訳すこととする。

<sup>339</sup> 非嫡出子にもその父母の相続権を認めることは、既に、1793年6月4-6日の法律が1カ条のみで規定しており、手続について後に定めるよう指示していた。

<sup>340</sup> 15条「婚外子であって、1789年7月14日以前に開始された父または母の相続についての直系または傍系の相続人と係争中にあり、かつ、終審の判決によって請求が終決していなかった者については、婚姻から出生したならば得ることのできた相続分の3分の1が認められるものとする。」

<sup>341</sup> 17条「婚外子とその父または母の直系または傍系の相続人との間で現に存在する訴訟は、すべて消滅するものとする。」

<sup>342</sup> 7条「婚外子は、收取された果実の返還を請求することはできず、また、第三占有者、抵当権者その他本年ブリュメール1日以前において正当な権限を有している者の既得権（droits acquis）を害することはできない。」



61条2項 相続または贈与による財産の譲渡に関するすべての法律、慣習および規則は、これを廃止する。ただし、1789年7月14日を含むそれ以後およびこの後に期限の到来する相続分割については、以下で設ける諸規則による。

もっとも、雪月法の遡及効は、より徹底したものであった。「この法律は、それ以前になされた放棄、和解および判決にかかわらず、この法律に含まれる全ての場合において施行される」(27条)と定めており、確定判決等をも覆すこととののである。ただし、それも無制限ではなかった。特に、「第三占有者、および、共和暦2年ブリュメール5日のデクレによって取消された処分に含まれる財産について当該法律以前の確定日付を有する抵当権者その他の者の既得権(droits acquis)は、これを維持する」(45条)とされた。

こうして新法の時間的適用関係を整備した雪月法であったが、しかし、なおも法文に不明確な部分があるため適用が困難であり、利害関係者の訴訟による抵抗に遭ってしまうと、實際上ほとんど適用されなかったようである。そして、テルミドール9日のクーデタの後には多くの請願がなされ、議会でも雪月法の遡及効をめぐる議論となった。

当然、意見は二つに分かれた。遡及立法によって旧来の特権を奪われた父親や長男の側としては、法の原則に訴えた。すなわち、社会は自然法によってではなく実定法によって規律されている。自然法の原則に反していることを理由に実定法にしたがった市民を罰することは、市民であることを罰し、立法の目的と効力を失わせ、社会を侵襲することである。こうした意見に対して、長男でない子や女子の側としては、遡及立法には何らの不正義もないと主張した。すなわち、人民・国民を再生させることと法律に遡及効を与えることは本質的に結びついた二つの理念であり、一方だけで存在し得るものではない。革命の時代にあつては、遡及効は賢慮と正義の振舞いなのであって、遡及的相続法を廃止することは革命の本質的成果を損なってしまう<sup>(343)</sup>。

こうした請願に対する立法委員会の報告を踏まえて、国民公会は、膨大な解釈法律を制定するに至る。共和暦2年ヴァントーズ22日(1794年3月12日)の法律では60項目、共和暦2年フリュクティドール9日(1794年8月26日)の法律では36項目にわたって、疑義に関して立法的解釈が示された。また、共和暦2年ヴァントーズ23日には、雪月法の施行方法を明確にする法律も制定された。これらにより、雪月法は維持されたものの、その遡及効を拡張しようとする要請も退けられた。例えば、第一の解釈法律は、1789年7月14日以前に開始した相続であるならば、これに対して婚外子の提起した訴訟がその日以降も係属中であつたとしても雪月法の遡及効は及ばないことを確認した(第4項目)。そして、そこで示された当該解釈の理由が、非常に興味深い。

「法律は、権利を取り戻した偉大な人民によって1789年7月14日以降に宣言された原則を敷衍しただけであるため、その日以降には何ら遡及効はないが、専ら、この範囲を超えてしまった場合において初めて遡及効が生じることとなる。」

<sup>343</sup> Cf. Ph. SAGNAC, *op. cit.*, p. 326.

この根拠づけは、本項の最初に確認したとおり、相続法制の遡及的改革それ自体を正当化するものである。国民公会の理屈としては、形式的には遡及立法であっても実質的には遡及効はない、というのである。

しかし、こうした説明を維持し続けることはできなくなかった。やがて、遡及効は除去されることになるのである。

### 第三項 遡及効の除去

#### 1. 方針転換

テルミドール9日のクーデタ（1794年7月27日）の後でも、国民公会は雪月法の改正へと直ちには向かわなかった。その態度が変わる転機となったのは、スキャンダラスな暴露であった。遡及効が付与された経緯に関して、それは革命の理念の実現などではなかったことが明らかにされてしまったのである。

共和暦3年フロリアル5日（1795年4月24日）、国民公会議員であるメルラン・ドゥ・ドゥエ（Merlin de Douai）は、議会において、雪月法に遡及効が付与された真の理由を明らかにした。メルランによれば、遡及効を付与するとの提案は実質的には議員のエロー・ドゥ・セシエル（Hérault de Séchelles）によるものであったが、彼は非嫡出子であったことから、雪月法を遡及させることで8万リーブル<sup>(344)</sup>を得られる立場にあった。また、当時は雪月法の制定に反対する者もいた中で、理解のあるベルリエ（Berlier）を立案担当者に任じたが、彼は事の真相を知らなかった<sup>(345)</sup>。

こうしたメルランの暴露は大きな影響を与えた。同日に暫定法律が採択され、「ニヴォーズ17日の法律の結果として相続について生じる遡及効に起因して意図された全ての訴訟または開始された全ての手続の停止」が宣言されるに至ったのである。

その後、雪月法の遡及効をめぐる問題は立法委員会に付託された。そこでは、ランジュイネ（Lanjuinais）によって、自然法による理由づけは不十分であると批判された。すなわち、「今日まで社会的取引を嚮導し、相続秩序を規律し、市民の諸関係を定めた実定法を、自然法への回帰という漠然とした言葉によって覆すことが許されるならば、誰が、混沌へと陥ってしまうと恐れずにいられるであろうか」。そもそも、「自然法について語られているが、相続秩序は人間が生み出したものであることに誰も気づいてない」<sup>(346)</sup>。

そして、共和暦3年フリュクティドール9日（1795年8月26日）の法律が採択された。これは1カ条のみであるが、次のように規定して、共和暦2年の遡及立法からその遡及効を奪ったのであった。

<sup>344</sup> あくまで参考としてであるが、当時の8万リーブルは、現在の日本円では4000万円から1億円弱に相当するものと言える。

<sup>345</sup> Cf. Ph. SAGNAC, *op. cit.*, p. 327 et P. ROUBIER, *Le droit transitoire, op. cit.*, p. 79.

<sup>346</sup> Cf. Ph. SAGNAC, *op. cit.*, p. 327.

「共和暦2年のブリュメール5日およびニヴォーズ17日の法律は、家族内での財産移転の諸方式に関して、その発布の時からのみ効力を有することとする。」

なお、この法律の数日前のフリュクティドール5日(1795年8月22日)には共和暦3年憲法が制定されたが、そこには不遡及原則に関して注目すべき規定が置かれていた。

14条 刑事および民事のいかなる法律も、遡及効を持ちえない。

(Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet retroactif)

これは明らかに、革命期の遡及立法の惨禍を踏まえた規定である。もっとも、遡及処罰の禁止を除くと、フランス憲法史の中で遡及立法を禁止したのは共和暦3年憲法のみであった。

ところで、雪月法から遡及効を奪ったとしても、すでに制定から1年半以上が経っており、その間に雪月法は多く適用されてきた。遡及効の除去によって、こうした雪月法の過去の適用が遡及的に無効になるため、その意味で、前記の共和暦3年フリュクティドール9日は新たな遡及効を認めるものであった。だが、雪月法の遡及効をめぐることは既に適用上の混乱が生じていたことから、遡及効の廃止に際しても同じような事態の発生が想定された。そこで、二つの反遡及法(lois de contre-rétroactivité)が制定されたのである。

## 2. 反遡及法

第一の反遡及法は、共和暦4年ヴァンデミエール3日(1795年9月25日)の法律(Décret 3 vendémiaire an IV relatif à l'abolition de l'effet rétroactif des lois 5 et 12 brumaire et du 17 nivôse an II, concernant les successions, donations, etc.)である。まず、雪月法の遡及効を廃止することから、「現存する訴訟、破毀裁判所に係属中の訴訟、金銭判決(arrêt de deniers)、差押または異議(saisies ou oppositions)、既に下された判決、財産分割その他の行為および条項であって、共和暦2年のブリュメール2日およびニヴォーズ17日の法律の遡及的規定またはその後に解釈として制定された法律の規定を根拠とするものは、これを全て廃止し無効とする」(11条)と定めた。これにより、雪月法などの法律から遡及効を除去する結果として、その適用が全て遡及的に無効になるとされたのである。

もっとも、雪月法の全部廃止ではなく、遡及効のみの廃止であることも明確にされた。すなわち、「本年フリュクティドール9日の法律および前条までの条項の結果として、ブリュメール5日の法律およびニヴォーズ17日の法律は上記法律および条項に反していないものにつき、直系における処分についての1793年3月7日の法律および財産移転の諸方式に関して以前に廃止されていない法律は、それぞれの公布の日からこれを施行する」(12条)。同じく、「婚外子の相続権に関する共和暦2年ブリュメール12日の法律は、その公布の日

からのみ効力を生じるものとする」(13条1項)<sup>(347)</sup>。

ただし、例外として、既得権の尊重も明記された。すなわち、「本年フリュクティドール9日の法律によって取消された処分に含まれていた財産について、第三占有者や、本年フロレアル9日の法律の発布より前であるが共和暦2年ブリュメール5日およびニヴォーズ17日の法律の発布より後の確定日付を有する抵当債権者等の善意の既得権(droits acquis)は、相続権を回復した者による権利を剥奪された者に対する申立を除き、これを保護する」(1条1項)。

第二の反遡及立法が、共和暦5年ブリュヴィオーズ18日(1797年2月6日)の法律(Loi 18 pluviöse an V relative aux successions)である。この法律は、その冒頭で述べられているように、「相続に関する諸法律の改正により、裁判官が申立について判決する上での困難を多く生じさせてしまったことに鑑み」、制定されたものであった。そして、1条が、次のように原則を定めた。「授益(avantage)、先取控除(prélèvement)、先取分(préciput)、生前贈与、契約による相続人設定(institution contractuelle)その他の同じような性質の取消不能(irrévocable)の処分であって、1793年3月7日の法律の公布より前に直系において正当に定められたもの、および、共和暦2年ブリュメール5日の法律の公布より前に傍系または非親族者間において定められたものは、当該日までに開始された相続についても、それ以後に開始される相続についても、旧法にしたがって完全な効果を有するものとする」。

この規定は、遡及効が除去されることの帰結を示したものである。共和暦2年ブリュメール5日(1793年10月26日)の法律(後に雪月法へと引き継がれる)は、新たに平等な財産分割を確立した相続制度を初めて遡及させたものであり、これにより、1789年7月14日以降に開始された相続であって新法に反するものは無効とされた。この法律は、第一の反遡及法律によって公布日からのみ施行されることとなり遡及効が除去されたが、さらに、上記1条によって、その帰結が明らかにされることとなった。すなわち、1793年10月26日以前になされたが遡及立法によって無効とされてしまった一定の法律行為を、再び有効にしたのである。

第二の反遡及法については、特に注目すべき点がある。それは、「取消不能(irrévocable)」であるか否かという基準がとられたことである。

これ以前、遡及立法においても反遡及法においても、特定の日時や公布日を指定することで効力発生日を特定しており、また、その限界としては、第三者の既得権が挙げられることがあった。だが、こうした基準では不十分であったのであろう。例えば相続を考えれば容易に分かるように、相続は、被相続人の死亡日に開始するとしても、直ちに財産分割がなされるわけではないし、死亡以前にも諸手続を踏むことがある。そのため、一定の日時を定めるだけでは、一連の過程の途中で法律が施行されたり廃止された場合、常に、適

<sup>347</sup> なお、婚外子の権利に関しては、婚外子にも平等の相続権を認めた共和暦2年ブリュメール12日の法律につき、本文引用13条はその遡及効のみを排除するものであるが、そもそも完全に平等の相続権を認めるべきか否かがなお議論となったため、新たに審議するため、共和暦4年ヴァンデミエール26日の法律により、13条は執行停止とされた。その後、共和暦4年テルミドール15日(1796年8月2日)の法律により、結局、共和暦2年ブリュメール12日の法律の遡及効は廃止された。

用法令の特定について問題が生じてしまう。

しかし、取消不可能性を基準にするならば、ある法律行為が取消し得ないか否かで、新法の適用可能性が判断されることになる。つまり、ある一時点（遡及的相続法の廃止であれば、共和暦 2 年ブリュメール 5 日）において取消不能か否を判定することが、専ら問題となるのである。この点、こうした基準を用いた共和暦 5 年プリュヴィオーズ 18 日の法律は、法律の時間的効力に関して 19 世紀に支配的となる学説（既得権論）の萌芽であったと指摘されることがある<sup>(348)</sup>。この学説は後に取り上げるが、ここでは、その起源の一つが革命期の遡及立法をめぐる状況の中に見出され得ることに留意すべきである。

以上のとおり、革命の理念を徹底するための遡及立法は、多くの災厄と混乱をもたらした。それによって破壊された過去を修復する試みにおいても、混乱の収束には相当に苦勞したことが窺われる。革命の理念がどれほど重要であったとしても、過去に再び手を入れることは容易でないばかりか、殆ど解決不可能といえる程の混乱を生じさせたのであった。

こうした惨禍の記憶は人々に根深く残り、その後、民法典の編纂を始めとして、フランスにおける遡及立法をめぐる議論に影響を及ぼした。では、過去の教訓を踏まえて、どのような議論がなされたのであろうか。次款において、民法典 2 条の審議の様子を辿ることとしよう。

---

<sup>348</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire, op. cit.*, p. 81.

## 第二款 法案の審議

革命期に制定された遡及立法の教訓を踏まえて、民法典の起草者は、そこに法律不遡及を宣言する規定（2 条）を置くこととした。しかし、革命の収束から日は浅く、遡及立法がもたらした惨禍の記憶はなお鮮明であったはずであるにもかかわらず、1801 年 7 月に民法典法案の審議<sup>349</sup>が開始された当初、護民院では 2 条について賛否が分かれ、結論としては反対の立場が表明された。これに対しては政府委員が反論し、法案を擁護したが、結局、2 条は否決されてしまった（第一項）。

ここには、法典編纂全般に通じる護民院の政治的思惑も関係していたことであろう。ただ、反対意見に直面したことで、起草者としては、不遡及原則について「この原理は争の無いところである」と説くだけでは十分でなく、より原理的な正当化が求められることとなった。1802 年の議会再編の後に法案が再提出された際に、この役目を担ったのはポルタリスであった。その演説は不遡及原則の精神を説くものとして極めて重要であり、2 条の解釈にも大きな影響を及ぼしたのであった（第二項）。

### 第一項 民法典 2 条をめぐる賛否

#### 1. 護民院での意見

民法典 2 条をめぐる護民院議員の見解は、賛否両論であった。まず、賛成意見からみていこう。デムニエ（Déméunier）とユゲ（Huguet）の意見は、遡及立法に苦しんだフランス社会における 2 条の意味を率直に言い表している。

「[2 条は] 法の原則であり、立法者の準則である。よろしい。だが、この原則は忘れられることが多かった。私としては、模範として、また逸脱の償いとして（pour l'exemple, et en réparation de nos écarts）、この原則が法律の性格をもつこと、したがって法典の中に置かれることを望むのである。」（デムニエ）<sup>350</sup>

「この原則、この一般法則と衝突することは非常に多かったことから、法律の条文とすることが必要なのである。」（ユゲ）<sup>351</sup>

<sup>349</sup> 民法典の前加章の審議の様子については、参照、P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. VI, Videcoq, 1836.

なお、1799 年 12 月 13 日の憲法典（ブリュメール 18 日のクーデタの後に、ナポレオンらが制定した憲法典）の下での立法機関は、次のような構成をとった。まず、コンセイユ・デタ（Conseil d'État）において法案が作成される。コンセイユ・デタは、その後も、政府の立場から法案を弁護する。次に、護民院（Tribunat）が、人民の利益を代弁する機関として法案を検討し、意見を表明する。これら両機関の主張を踏まえて、最終的には、立法院（Corps législatif）が法案の成否を判断する。なお、立法院は議決をするだけであり、議員が意見を表明することはない。

<sup>350</sup> FENET, *op. cit.*, p. 90.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 136.

これに対して、反対意見は、三つに分けられる。

第一は、2条の性質ないし射程に関わる。シャザル（Chazal）は、2条は憲法に置かれるべき規定であると批判した。

「〔2条〕は、既に制定されたか今後制定される他の法典すべてに共通するものである。したがって、……憲法の中に置かれるべきであろう。というのも、〔2条〕は、民事裁判官に対する以上に、立法者を名宛人としている。そして、すべての法律の本質的要素なのであって、そのため、〔2条〕は本質的には憲法的なのである。民法典の中に置かれることを容認し得るためには、その射程を限定し、他の草案によって民法典にふさわしいものに適合させるというのでなければならない。」<sup>(352)</sup>

ただし、シャザルが自ら、民法典で規定する場合の修正案として、「本法典の内容をなしている諸法律は、他のすべての法律と同じく、遡及効を有するものではない（*Les lois contenues dans ce Code ne recevront, comme toutes les autres lois, aucun effet rétroactif*）」とするよう提案していたように、ここでは立法の形式面に関する批判がなされたに過ぎない。法律不遡及が民法に限られた原則でないという批判は、本質的ではないであろう。

第二の反対意見は、立法者を名宛人とするものの法的意味に関わる。これは、法律が不遡及であるべきことを批判するわけではないが、それを法律で規定することを問題視したものである。ティエセ（Thiessé）は、不遡及原則といえども立法者を拘束するものではないことを強調する。

「遡及が正しく、人道的で、必要となる場合がある。〔中略〕したがって、不遡及原則には例外もある。こうした例外を決めるのは、立法者の権能である。そのため、不遡及原則を作り上げるのは裁判官ではなく立法者なのであって、裁判官は、この原則に適っていようが、この原則を損ない変えてしまうものであろうが、常に法律を執行しなければならないのである。」<sup>(353)</sup>

同じ理由から、コステ（Costé）は、2条を法律で規定することをより積極的に批判する。

「裁判官は法律を準則と置き換えることはできず、法律に遡及効があることや遡及効があると考えたことを理由にして法律の適用を拒むことは許されていないのであるから、本条は不要（*superflu*）であり、したがって危険（*dangereux*）である。」<sup>(354)</sup>

第三の反対意見は、法律不遡及を法律で宣言することの実際の帰結に関わる。この点については、ティエセが、ある演説（特定されていない）の検討という形で批判を述べている。すなわち、2条を支持する理由として、当時、なおも革命期の諸立法が存在している状況下

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>354</sup> *Ibid.*, pp. 184-185.

で、その中には遡及効を有するように解されるものもあるが、その場合には裁判官がかかる法律を適用しないよう望まれている、と説く者がいたようである。この意見が、もし、不遡及原則を法律として規定することによって遡及立法はすべて事実上廃止されること、また、遡及的な規定があるとすれば裁判官はそれを考慮する必要はなく、裁判官の裁量によって当該規定の適用が退けられるべきことを説くのであるとすれば、果たして、そうした帰結は妥当なのかどうかとティエセは問う。

というのも、既に廃止された遡及的相続法について問題は生じないが、その他にも、例えば、長子権・男子特権を剥奪する法律や、非嫡出子の不平等を廃止した法律について、それらは遡及立法であると主張されることがあった。こうした場合を想定して、ティエセは次のように疑問を呈した。

「我々に提案されている一般原則により、もしこの点についての決定権を今後は裁判官の悟性に任せるという結果になるのであれば、こういった法律には遡及効があるのだろうか、それとも無いのだろうか。」<sup>(355)</sup>

この疑問は、裁判官に判断させることの曖昧さを説くものではない。第二の反対意見としてティエセが述べていたように、法律が遡及するか否かは立法者が決めるべきであると考えられた。むしろ、ここでの主眼は、場合によっては遡及させるとの立法者の意思が裁判官によって歪められてはならない、ということにあったと思われる。

ただ、ティエセの議論には、当時のフランスの特殊な法状況が大きく影響している。前記例示ような平等を実現するための法律が、もし遡及的であることを理由に裁判官によって適用が排除されてしまうと、それに基づき既に相続が開始していたとしても、再び旧法によって規律されることになってしまいかねない。ティエセは次のように述べており、新法の適用を排除してしまうならば革命を後退させかねないと、懸念したのである。

「おそらく、不遡及原則を確立する時代は、酷く恐ろしい逆作用（*rétroactions*）の時代であろう。〔中略〕一般原則から生じるあらゆる帰結を一つの視点のみによって把握することは不可能であり、予期せぬことを命じてしまいかねない。」<sup>(356)</sup>

護民院は、以上の諸意見を踏まえて、結論としては法案に反対の立場を表明した。護民院全体の立場を、2条に関してはアンドリユーが次のようにまとめている。

「〔2条〕は頻出する例外を免れ得ないことから、また、誤った、したがって有害な適用を多くもたらしようになってしまおうから、法律の条項としようとするのは極めて危険である。」<sup>(357)</sup>

<sup>355</sup> *Ibid.*, pp. 124-125.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 241.



## 2. 政府委員の反論

こうした護民院の反対を受けて、法案を立案した政府（コンセイユ・デタ）委員は、これに反論することになる。

第一に、ポルタリスやブレイ（Boulay）が、2 条は裁判官に対する規定であると反論した。そうすると、ティエセが指摘したように、法律適用者は、法律には遡及規定が含まれていないか審査をして、遡及規定であれば適用を免れることが許されるのであろうか。ブレイは、これを否定する。

「裁判官の職務は、何であろうと法律を執行することである。裁判官は、専ら、判断を下すべき争いにおいて、当該争いが生じた時点と、争いの原因が生じた時の法律を考慮すべきである。それ以後に、もし前法とは異なる新しい法律が制定されたならば、前法ではなく新法によって判断を下さなくてはならない。」<sup>(358)</sup>

第二に、ティエセは 2 条によって革命を後退させないないと言っていたが、この点については、ポルタリスが反論した。

「既存の制度を解体することは、決して、遡及立法をなすことではない。というのも、もしそれが遡及立法であるならば、法律は何も変えることができないと言わなければならないであろう。[だが、]現在と未来は法律の支配下にある。確かに、法律は、存在している事物を存在しなかったとすることはできない。だが、もはや存在しなくなると決めることはできる。然るに、これが、封土や貴族、高等法院を解体した法律によってなされたことなのである。」<sup>(359)</sup>

このように、「もはや存在しなくなる」という形で既存の制度を解体する法律に遡及効はないこと、また、遡及立法の場合であっても、「裁判官の職務は、何であろうと法律を執行すること」であるとの反論がなされた。

なお、以上とは別に、これまで触れてこなかったが、2 条を含む前加章の諸規定に対しては、それが「原則の表明であり、道徳あるいは法学（jurisprudence）の公理」に関するものであって、そこには「法律規定というよりも法および道徳の原則がある」ことから、したがって、民法典という法律において規定すべきではないという批判も向けられてきた（例えば、護民院議員アンドリュウ）<sup>(360)</sup>。

この点については、ポルタリスが応えている。それによれば、民法典で規定することには明確な意図があったようである。すなわち、法律一般に関する準則は個別領域の法律には属さないこと、民法典は人と物の全体について規律するものであるから他の法律よりも

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>360</sup> *Ibid.*, pp. 55 et 65.

当然に広範であることからして、「したがって、最も広範な分野の立法に携わるべく召集された時に、法律一般に関することに携わるのは当然なのであった」<sup>(361)</sup>。同じく、次のようにも述べている。「まさに、われわれの法律における偉大で有益な革命においてこそ、教養ある人々によって確立された広い射程をもつ原則、秩序だった立法を方向づけるものとなる原則の幾つかを宣言することが重要である。そうした諸原則が、本法案の対象である。かかる諸原則は、個別の法典に属するものではなく、すべての法典の前提概念のようなものである」<sup>(362)</sup>。

ここで注目されるのは、法律不遡及が民事法に限られるものではないと確認されていることである。民法典は広い対象を扱っており、しかも、「フランス（社会）の民事憲法」<sup>(363)</sup>とでも言うべき実質を有するものであったことから、いわば必然的に、そうした民法典の冒頭において法律一般の原則について規定が置かれたのであった。

では、法原則を法律の条文として規定することの是非については、どうであろうか。この点についても、ポルタリスが極めて詳細に反論している。多少長くなるが、そのまま引用しておこう。

「法学の原則については、何故それが法律の対象となり得ないのか理解できない。立法のあらゆる素材を提供するものは、法学である。学問は、精神に与えられるもの全てを含む。立法は、学問の中から、より直裁に社会に関わり得るもの全てを選ぶのである。

法律の役割は命じること、許容すること、禁止すること、罰することだけであり、そのため、原則を宣言するだけであってはならないと言われている。これに答えるとすれば、すなわち、命じる（ordonner）という語は、法律の権能の一つを表すために用いられるものであるが、考えられている以上に広い意味がある。特定の対象に対する一定の命令（commandement）を表すことに限られるわけではない。人間の活動を規律することに仕える一般的ないし個別的規定のすべてを含むのである。

原則は規定（disposition）ではない。その通りである。だが、原則は、立法権によって承認されることで、規定になる。

公的に認められる以前では、原則は一ないし多の論理（raisonnements）の結果でしかなく、他の論理によって弱められたり曇らされたりされ得る。公的に認められた後になると、原則は論理や不明確さをすべて終わらせる実定的な事実となる。ある原則は、学問に属している限り、反論のあり得る哲学上の命題でしかないが、立法に属する場合には、従うべき規範となる。諸原則は、この語に人々が与える意味において、理性によって示されるが、規範は権威によって画定される。諸原則は知られ、抱かれ、発見されるものであるが、規範は打ち立てられるものである。識者、哲学者、法学者は諸原則を教えて広めるが、立法者は、唯一、規範を生み出すことができる。というのも、人間の個々の理性は、どれも他の人間の理性を支配することはできないからである。全ての者に対

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 345.

<sup>363</sup> カルボニエの言。その紹介として、参照、北村一郎「作品としてのフランス民法典」同編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）1頁以下（2頁）。

して有効に語ることができるのは、公的理性、法律だけである。

ローマ人は、非常に長きにわたり法律によって世界を統治し、なおも統治しているが、その法典には、『法規範について』、*de regulis juris* という明示的な一章を組み入れたのであった。

すべてを学問に委ねるべきではない。すべてを法律によって規律すべきではない。学問は議論に委ねられており、海岸のない海しか提供しない。規範は立法者によって提示され、海に海岸が欠けることのないようにするのである。したがって、法律は規範を定めてはならないなどと言うどころか、逆に、この種の法律上の指令（instruction）ほど好ましいものはなく、それは、すべてを照らしかつ指揮し、学問の変動から社会を守るのである。」<sup>(364)</sup>

さて、こうしたポルタリスらの主張にもかかわらず、2条を含む民法典の前加章の法案は立法院において否決されてしまった。そのため、1802年に議会の再編がなされた上で、再検討を経た法案が改めて提出された。そして、その際には、ポルタリスが2条の趣旨説明を行った。次に、これを取り上げよう。

## 第二項 不遡及原則の精神

### 1. ポルタリスの趣旨説明

改めて提出された民法典の法案の中で、2条についてはポルタリスが趣旨説明を行った。「法律は遡及効を持たないというのが一般原則である」との発言に始まるその演説<sup>(365)</sup>は、極めて示唆にとみ、法律の不遡及原則の精神を示していると言いうるものと思われる。

ポルタリスは、まず、法律の不遡及原則は、「一度公にするのでは十分でなく常に公にしなければならない、かつ、行政官、裁判官、立法者に恒常的に示しておくべきであることから、それらの耳を絶えず打たなければならない意義ある真実（*vérités utiles*）である」と述べる。立法者もが対象となっている点には留意すべきである。その上で、不遡及原則の根拠を説いていると解される指摘が続く。

「法律の任務は未来を規律することである。過去は、もはや法律の力の及ぶものではない。法律の遡及効が許容される場所では、どこであれ、安全が存在しないだけでなく、不安さえ存在するであろう（*Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même*）。」

この説示は、法律の遡及効に関する文献には今なお必ず引用されることがある程に有名である（ただし、ポルタリスの議論全体を参照するのではなく、この説示のみが不遡及原則の根拠を示すものとして印象的に引用されている）。ここでは、第一に、法律は将来を規律するものであること、第二に、遡及立法によって安全が害されてしまうこと、が指摘された。ポルタリスの

<sup>364</sup> FENET, *op. cit.*, pp. 250-252.

<sup>365</sup> *Ibid.*, pp. 353-355.

議論は、これらを更に敷衍する形で進められているものと再構成できる。

まず、第一に関しては、法律が実定法規範であるために、その時間的効力は必然的に制限されると説く。

「自然法 (loi naturelle) は、全ての国、全ての時代のものであるため、時間によっても場所によっても制限されることはない。だが、実定法 (lois positives) は人間の産物であって、発布されるのであれば存在してはならず、存在する時にしか効力を有することはない。」

ここでのポルタリスの発言には、明らかに、ジャン・ドマの影響が窺われる。『自然的秩序における民事的諸法律』の中で、ドマは法律の効力について次のように説いていたからである。すなわち、「自然法は常に同一の妥当性と権威を有しており、将来とともに、なお未決の過去に属し得ることを規律する」。これに対して、「〔人定法 (loix arbitraires)〕は、自らが命じることを決定する立法者によってしか権威を持つものではなく、また、周知するために公布の後にしか効力を生じないことから、将来についてしか規律せず、過去に触れるものではない」<sup>(366)</sup>。

ドマにおいて、このように法律の権威が立法者に由来することに起因するその効力の限界が説かれていたのと同じように、ポルタリスも、上記に続き、実定法が将来的にしか効力を有さないことを立法権の作用との関係から説明する。

「立法権は、人間からなる絶対権力 (toute-puissance humaine) である。法律は、定め、保ち、変え、改め、善くする。法律は、存在するものを破壊し、まだ存在しないものを作り出す。最も偉大な立法者とはオリンポスの神々のようであり、そこからは、人間の幸福と世界の運命とを支配する広大な思想、豊かな観念が生じる。だが、もはや存在せず、したがってあらゆる権力の手の届かない事物に、法律の力は及び得ない。」

確かに、「もはや存在せず、したがってあらゆる権力の手の届かない事物」に対して、法律の効力を及ぼすことはできない。ただ、「したがって」の前後の結びつきは、自然的因果関係としてであればそうかもしれないが、ポルタリスの説明とは異なり、法という人間的・精神的営為においては必然ではないと言えるかもしれない。立法者としては、もはや存在しないものでも、現存するものとして再構成して手を付けることは可能ではないか。すなわち、法律が制定された現時点において、過去の事実・行為であっても現在も存在しているものとみなし、それに対して法律の効力を将来的に及ぼす（過去の法的評価を将来的に変更する）ことは、精神的営為としては可能ではないか。こうした問いに、法律の性質や形式的効力を考えるだけでは十分には応えられないように思われる。

だが、ポルタリスは、立法者とは異なる別の観点からも法律の効力の限界を論じること、こうした可能性も斥けた。それが、第二の根拠論（遡及立法によって安全が害されてしまう）

<sup>366</sup> Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Livre I, Titre I, Sect. I, §§ 12-13.

である。安全 (sûreté) を説くことは、法律の規律対象となる市民の側から不遡及原則を正当化したものと位置づけられるであろう。そして、その前提である法的安定性の基礎づけについて、ポルタリスは、法律が存在していなかったか、あるいは法律により規律されていなかったという状況を、市民の立場からは次のように理解すべきであると説いた。

「市民の自由 (liberté civile) は、法律が禁じていないことを行う権利である。禁止されていないことは許容されているとみなされる。もし、市民が後の法律によって事後的に訴訟で搜索されたり (être recherché dans ses actions) <sup>(367)</sup>、既得権 (droits acquis) が妨げられる危険に曝されるのではないかと恐れることがあるとすれば、市民の自由はどうなってしまうであろうか。」

このように、「法律が禁じていないことを行う権利」としての「市民の自由」や、(明示的には述べられていないが) 当該権利を行使した結果を指していると思われる「既得権」を侵害してはならないという意味で、安全が観念されている。遡及立法は、こうした安全を損ねてしまうため、原則として許されないことになるのである。

そうすると、ここで重要なのは、市民が禁止されていないことを行使したり、逆に不行使であったことの法的構成であると言えよう。ただ、上記引用の説示が敷衍されることはなく、議論は、安全の更なる根拠づけへと向かった。しかも、そこでは人間にとっての過去そのものの認識が主眼に据えられるとともに、ポルタリスは極めて悲観的で見解を示したのであった。

「人は空間においても時間においても一点を占めるだけであり、もし過去の生活についてさえ安全 (sûreté) であると確信できないとすれば、とても不幸な存在であろう。自身が存在した部分については、すでに人生の重荷を負い切ったのではないのだろうか。過去に後悔が残ることはあっても、過去は不確実さをすべて終わらせる。自然の秩序の中では将来のみが不確かだが、とはいえ、それ故に、人間の非力さに必ず伴う希望により不確実さは和らげられている。立法システムによって自然の体系を変えようとする、また、もはや存在しない時へ向かって我々の不安を蘇らせようすることは、我々に希望を取り戻させる得るものではなく、人類が背負っている悲惨な条件を悪化させてしまうであろう。」

ポルタリスにおいては、人間にとっての過去のこうした認識を踏まえて、それが投射された安全の尊重という理念を介して法律の時間的効力の限界が導かれた。すなわち、一定の予測の下で、人は、不確実ながらも時を刻んでいき、その結果、少なくとも自分に関することについては確実になる。そうすることで、ひとまず、重荷を下ろせるのでなければならない。この意味で、人間にとっての過去は、いわば慰めのようなものである。しかし、過去へと遡り得るとするならば、安堵は覆り、再び不確実な世界へと舞い戻り、不安に苛まれ

<sup>367</sup> 山口俊夫・フランス法辞典によると、「recherche (action en)」は、(訴権行使による) 搜索のこと、自然親子関係の搜索のほか、嫡出親子関係の立証の意でも用いられる、と説明されている。

ることになってしまう。それでは、人は一時も休むことができない。こうしたことから、過去が関心事とされるべきではなく、人は、不確定ながらも希望を持ちつつ将来のみを考慮すべきであり、また、将来を考慮できるのではなければならない。

このことを翻って立法者に当てはめるならば、すなわち、法律に両目は必要ない、ということになる。

「法律が、片目は過去について、もう片目は未来について絶えず注視するならば、信頼の源泉を枯らし、いつまでも続く不正義・混乱・無秩序の根源となってしまうのであって、そのように法律が二つの顔を持つという考えは、我々のものなどではない。」

そして最後に、ポルタリスは、遡及立法を一切許容すべきではないかのように説くのであった。

「誤り（abus）を罰するために発布された法律より前から存在していた誤りを罰せずにおくのは何故なのかと言えば、それは、薬が病気よりも悪い（le remède soit pire que le mal）ということがあってはならないからである。法律はすべて誤りから生じる。そうであるとすれば、遡及しなければならない法律など決して存在しない。決して、人間が、法律以前に、法律によってしかかなり得ないものであるように要請すべきではない。」

ポルタリスの趣旨説明の後、護民院において否定的な意見が表明されることはなく、2条は可決・成立した。前加章の審議の最終盤における護民院議員フォル（Faure）の発言は、結局のところ、2条がどのようなものとして受け止められたのかを示しているであろう。

「[2条は、] 市民が決して忘れるべきではないものであるとともに、立法者が決して怠ってはならない不可侵の原則を含んでいる。」

「この規定は、立法者に対する準則（précepte）だけでなく、裁判官に対する義務と市民に対する保護も含んでいる。裁判官に対しては、法律の存在よりも前の事実法律を適用してはならないと命じている。市民に対しては、ある行為をしたときに法律は当該行為を禁止していなかったならば、何であれ当該行為のために捜索（rechercher）されないことを保護している。」<sup>(368)</sup>

## 2. 学説への浸透

1804年に民法典が制定されて間もなくの代表的な註釈書をみると、「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。」を簡潔に定める2条に関しては、制定過程での議論の核心部分が要約的に再現された。ここからは、2条の立法趣旨が学説にも浸透したことが分かる。

とはいえ、補足は最小限にとどめられ、基本的には条文そのままの説明がなされた。1830

<sup>368</sup> FENET, *op. cit.*, pp. 380 et 385.

年頃までは注釈学派<sup>(369)</sup>の生成期と位置づけられるが、この時期、民法典の規定はフランスの社会的・経済的状况に適應していたため、注釈者は、法文の意義の理解・説明に努めたのである<sup>(370)</sup>。例えば、起草委員の一人でもあるマルヴィルの説明をみてみよう。

「本条は、法律が積極的に遡及効があると明記していない限り裁判官は遡及効がないものとして理解しなければならないが、法律が明記しているならば裁判官は書かれている通りに執行しなければならない、という意味において、裁判官によって用いられ得るものである。」<sup>(371)</sup>

不遡及原則の根拠については、トゥリエが説明しているが、ポルタリスの趣旨説明における一節を抜き出ただけであった。ただ、一つ注目すべきことがある。ポルタリスは「既得権 (droits acquis) が妨げられる危険」に言及していたのだが、トゥリエは、この部分のみ削除したのである。

「法律はその発布が知られたと見なされる日からしか執行されないとすれば、その結果として、法律は遡及効を有し得ない。これが、民法典2条の規定である。

法律が遡及効を有し得るとすれば、もはや自由も安全もなくなってしまうのであろう。市民の自由とは、法律が禁止していないことをなし得る権利ということにある。禁止されていないことは全て許されていると見なされる。市民にとって、今日は無実の活動が明日になると禁止されることを予測するのは不可能である。」<sup>(372)</sup>

また、ポルタリスは自然法とは異なる実定法の性質から不遡及原則を導いたドマの所説と同旨を述べていたが、この点は、デルヴァンクールが同じように説明している。

「これ〔自然法〕に対して、実定法は、常に、それが規律すべき人々の習俗や性格、悪習 (vices) で

<sup>369</sup> 註釈学派とは、次のような学問傾向を指している。「フランスでは、法典編纂事業がひとたび完成されるや、ここに生まれた法典は『法実証主義者』(positivistes)と呼ばれる一つのジェネレーションをはぐくみ、自然法学派の衰微をもたらすこととなった。この法実証主義者は、loiの中ばかりでなく、droitそれ自体の中に、立法者による創造を見出した。法規範が法典の形をとって明確に体系づけられ、それは普遍的かつ不可侵の自然法の表明にほかならないのであるから、法律家にとっては、もはや考慮すべき法源は、この法典以外にはないと考えた。法典によって示された実定法規範をもって法とし、かかる法以外の政治的、経済的、社会的、道德的等の諸要素についての考慮を排除し、所与の実定法規範の論理的操作と、必要な場合には立法者意思の探求とにのみ基いて法学を組立てる学派がこうして徐々に形成された。これが19世紀中葉から後半にかけてフランス法学界の大勢を支配することとなった『註釈学派』(Ecole exégétique または Ecole de l'exégèse)といわれるものである」(山口俊夫「フランス法」碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1976年)198頁)。

<sup>370</sup> 同上199頁。

<sup>371</sup> Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, T. I, La V<sup>e</sup>. Nyon, 1805, p. 11. この他、ほぼ同じ説明がなされているものとして、Victor BRUN, *Éléments du Code Napoléon*, Vol. I, Turin (Italie), Vincent Bianco, 1812, p. 90.

<sup>372</sup> Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, *Le droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd, Warée, 1824, p. 76. 初版(1811年)は未見であるが、第4版は、若干の訂正を除いて第2版・第3版の再版であることが明記されている。おそらく、2条に関する既述は初版から変わらないものと思われる。トゥリエについては、参照、フィリップ・レミー(野上博義・金山直樹訳)「トゥリエ」法学志林99巻2号(2001年)243頁以下。

さえも考慮して制定されるはずであり、必然的に、諸状況に鑑みて変化する。そして、ある活動はそれが現行法の規定に反する限りでしか不法ではないのであるから、そのため、実定法は、それが存在する以前の行為に対しては効力を及ぼし得ない<sup>(373)</sup>。

これに対して、ブルードンは、この時期としては例外的に、既得権に言及していた。

「新法は将来についてしか規定しない。したがって、その適用においては、それ以前の既得権を尊重しなければならない。そうでなければ、新法に遡及効を与えることになってしまう」<sup>(374)</sup>。

ただ、ブルードンの説明は、その構成・内容からすると、ドマの『自然的秩序における民事的諸法律』（これは殆どそのままにギヨの『法学辞典』に再現されている）を下敷きにしていたと思われる。というのも、そこには、「新法は将来について規律するので、前法によって生じるはずであった帰結を、必要に応じて変えることができる。だが、何れにしても、何らかの者にとって既得となった権利（*droit qui était acquis à quelques personnes*）を害するものではない」<sup>(375)</sup>という記述がある。同じように、民法典の審議中に著された文献においても、「遡及効とは、特に、主として形成された権利（*droits formés*）の変更ということである」、「〔民事法律〕が、判決により、合意により、時効の効果のみにより取得された権利（*droits acquis*）を害するものではない場合、遡及効はない」と述べられることがあった<sup>(376)</sup>。ただ、これらは何れも、ローマ法に依拠した議論であった。

### 3. 民法典2条に関する当時の実践的問題

民法典の制定当初、その普及が目的であったならば、2条については以上のような説明で十分であったのかもしれない。だが、実践的な問題も生じていた。すなわち、民法典が制定されたことにより、フランスでは、民事に関するあらゆる種類の旧法・慣習などが廃止されて民法典が取って代わり、あるいは、旧法が存在していなかった分野・事項に法的規律が及ぶこととなった。そして、その際には、民法典の施行前に生じた事実・行為や法関係が、それ以後はいかなる法によって規律されるのかが問題となったのである<sup>(377)</sup>。

<sup>373</sup> Claude-Étienne DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, T. I, P. Gueffier, 1813, p. 7. 本書は、1808年に出版された *Institutes de Droit civil français* の第3版と、それに対する詳細な補注からなっている。補注の282頁以下には、民法典の註釈書としてはおそらく初めて、不遡及原則の個別分野（不法行為、契約、人の能力、行為の形式）における適用についての記述がある。

<sup>374</sup> Jean-Baptiste-Victor PROUDHON et Auguste VALETTE, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd., Victor Lagier, 1842, p. 21. 本書は、ブルードン（1758-1838）の著作にヴァレットが補注を施したものであるが、初版（1809年）の原文をそのまま維持していることが第三版のはじがきで明記されている。そのため、初版は未見であるが、第三版から引用した。なお、1810年には第二版が *Cours de droit français* という題名で出版されているが、内容は初版と同一である。

<sup>375</sup> Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Livre I, Titre I, Sect. I, § 15.

<sup>376</sup> Jean-Baptiste-François DELAPORTE et Pierre Nicolas RIFFÉ-CAUBRAY, *Les Pandectes françaises, ou recueil complet de toutes les lois en vigueur*, T. I, Perlet, 1803, pp. 417.

<sup>377</sup> もっとも、旧法の廃止あるいは新規定の創設といっても、「大革命の政治的イデオロギイの根幹に関わるこれらの大原理を別とすれば、〔民法典の〕圧倒的多数の規定においては古法時代以来の法技術が維持



だが、民法典に経過規定は殆ど置かれず<sup>(378)</sup>、施行法のような法律も非嫡出子・養子・離婚に関して若干制定されただけであった<sup>(379)</sup>。もちろん、民法典の時間的適用関係に関しても、2条により、遡及効がないというのが原則である。では、民法典は適用されないのか。この点につき、民法典が施行されて間もなくの時期（1809年）に、ある破毀院の裁判官が提起した次のような問いは、2条をめぐる当時の実践的問題の所在を示している。

「しかし、最終的に完結したわけではない場合だとしても、新法は、それが遡及効を有する場合でなければ、決して過去に対して作用し得ないのであろうか。法律の公布以前に権利が生じたことだけで、その効果はそれ以後に生じる場合であっても、新法は当該権利を決して支配し得ないことになるのであろうか」。

この問いの背景には、過去の諸状況に対する民法典の適用をめぐる学者において見解に一致がみられず、矛盾する判例が下されることがあった中で、数多の訴訟が生じたという事情があった。そこで、「ナポレオン法典以前の権利を規律すべき一般諸原理」の確立が必要であると感じられたのである<sup>(380)</sup>。

このように、民法典の前加章の諸規定（1条から6条）は法律一般を対象としたものであるが、2条の不遡及原則をめぐるのは、当初、新法である民法典の時間的適用範囲という形で問題が生じた。そして、これに対応すべく、学説において2条に関する理論構築が始められた。次節では、学説の展開を辿り、その理論を分析することとしよう。

---

されており、公法分野とは異なりはるかに連続性が高いのである」（北村一郎「作品としてのフランス民法典」同編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）11頁）。旧法が維持された場合であれば、時間的適用関係の問題は実質的には生じない。実務的処理としては、民法が適用された。

<sup>378</sup> 僅かに、地役に関する691条や、時効に関する2281条（現在では削除）。後者は経過規定として以前は重要であった条文であり、次のように規定していた。「この章の公布時点で開始していた時効は、旧法にしたがうものとする。ただし、この章の公布時点で開始していた時効で、旧法によると当該時点から更に30年以上が必要となる場合には、30年間で完了するものとする。」。

<sup>379</sup> 民法典の制定に合わせて、共和暦11年（1803年）には、3つの経過法律が制定された。Loi des 14-24 floréal anXIは、民法典の公布以前に出生した非嫡出子の認知と相続に関して民法典の規定を適用することとし、Loi des 25 germinal-5 floréal an XIは、公布以前の養子縁組に関して民法典の規定を適用することとし、Loi des 26 germinal-6 floréal an XIは、公布以前に請求・宣言された離婚の関しては旧法にしたがって効果が生じることとした。これらの経過法律に関しては、参照、P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, op. cit., pp. 82-89.

<sup>380</sup> Georges-Antoine CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, T. I, Garnery, 1809, V. « Objet et plan de l'ouvrage ». 著者については、後注で紹介する。

## 第二節 不遡及原則と既得権論

本節では、フランス民法典 2 条が宣言した法律の不遡及原則に関して、学説による理論構築の展開を辿ることとする。

民法典 2 条は、「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。」と定めるに過ぎない。1 条は法律の公布と施行期日についての原則を示しているが、現実に効力が生じることとなった法律の時間的射程について定めている条文は、2 条のみである。そして、この規定によれば、法律が制定以後のことしか規律せず、原則として「遡及効 (effet rétroactif)」を持たない。では、遡及効とは何を意味するのか、また、遡及効であっても許容される場合があるのではないか（後者の問題も大きく論じられてきたのだが、フランス固有の立法実務が背景にあることから、本稿では基本的には取り上げない）。

こうした問題は、前節の終わりで述べたように、民法典の制定当初は新法である民法典それ自体の時間的適用範囲をめぐって論じられた。その際、議論は二つに分かれた。期待を軸にするか（**第一款——期待論**）、既得権を軸にするかである（**第二款——既得権論**）。そして、19 世紀前半の学説においては、既得権論が直ちに支配的見解となる。しかし、19 世紀も半ばを過ぎると、変化の兆しが現れる。時代の要請を受けて制定されたはずの新たな法律を前にして、その適用範囲を不遡及原則が狭めてしまいかねない側面に関心が向けられるようになったのである。その結果、19 世紀後半から世紀末にかけて、既得権論は衰退へと向かうことになる（**第三款——既得権論の衰退**）。

本節では、こうした学説の展開を辿ることで、フランスにおいて不遡及原則が歴史的にどのように理解されてきたのかを分析し、特に学説の支配的見解となる既得権論の理論的含意を明らかにする。

## 第一款 期待論

民法典の制定後において遡及効を主題とした初めての論文では、個人の期待を軸とした利益衡量論がとられた。それが、ブロンドーが1809年に公表した論文「法律の遡及効と言われるものについて」<sup>(381)</sup>である。ブロンドーは、功利主義者ベンタムの立法論から大きな影響を受けていた。そして、法律の効用を最大化するという見地から、法律の時間的効力について、立法論をも射程に入れた原理論を展開したのである。以下では、ブロンドー（第一項、第三項）とベンタム（第二項）の所説を分析する。

### 第一項 期待の概念

ブロンドーの議論は、「どのような新法も、生まれた時から、旧法にしたがって生じた期待（*attentes*）に遭遇する」と述べることから始まる。そして、期待には様々な内容・程度があり、新法が必要とされた事情も多様であることを踏まえて、保護すべき期待の判断枠組みを提示しようとした。その問題関心は広く、経過措置に関する立法論をも念頭に置いていたため、遡及効が何であるのかは、タイトルに反して実はあまり明確に述べられていない。ただ、後述のとおり、保護すべき期待を裏切ることを遡及効であると捉えており、したがって、不遡及原則をして、旧法下での期待を保護すべきものであると主張したのである。

その議論の出発点となる「期待」とは、「所持している物の果実を享受すること、あるいは、法律や契約によって保障された権利がいつかは与えられることへの希望（*espérance*）」<sup>(382)</sup>

<sup>381</sup> BLONDEAU, « Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois », *S.* 1809, II, p. 277. 同論文が最初に公表されたのは、*Bibliothèque du Barreau*, 1809, T. II, p. 97 et suiv.であった。直後に、シレー誌（*Recueil général des lois et arrêts*）に転載され、その後は、*Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1825, p. 289 et suiv.にも再掲された。最終的には、ブロンドー自身の著書 *Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Videcoq, 1850, p. 165 et suiv.に収録され、その際、内容は変わらないものの、批判等に応えるために相当の補訂がなされた（大きな補訂箇所に限ってギユメが付されて判別できるようになっており、また、まとまった補足がある場合には註釈が付されている）。以下では、シレー誌版を参照した。

なお、ナポレオン法典がドイツにおいて適用されることとなった際には、それまでのドイツの法秩序との関係で緊張関係が生じ、そのため、ナポレオン法典のドイツにおける時間的適用関係が問題となった。その際には、ドイツにおいても、ブロンドーの論文が参照されたようである。参照、村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法学協会雑誌 86 巻 8 号（1969 年）45 頁。レーベルクによって参照されたが、期待論は明快ではなく解釈論としては採用できないと受け止められた。

BLONDEAU (Jean Baptiste Antoine Hyacinthe) (1784-1854)は、ベルギー出身の私法学者であり、1808年にパリ大学法学部の補欠教授（*professeur suppléant*）になり、翌年に博士号を取得した。1819年にはローマ法の正教授の職に就き、1830年には Delvincourt に代わって 1844 年までパリ大学の法学部長（*doyen*）を務めた。ブロンドーについては、*L'Académie royale de Belgique, Biographie Nationale*, T. II, Bruxelles, 1868, p. 511 s を参照。同書は、ベルギー王立アカデミーのウェブサイト〈[www.academieroyale.be](http://www.academieroyale.be)〉において公開されている。

<sup>382</sup> なお、本文の定義は、1850年の著書においては若干の修正がなされた。すなわち、期待とは、「所持している物を享受し続けること、法律や契約によって与えられた権利をいつかは行使することへの希望」である（p. 166, note 3）。

であると一応の定義がなされているものの、極めて広い概念であった。

例えば、物の所持者は、そこから果実を得たり、自由に処分できるものと期待する。21才で成年になることを知っている未成年は、21才になれば自分の財産を自由に管理できるようになると期待する。他にも、例えば、フランス人・行為能力者・嫡出子・夫婦・所有者は、そうした身分を得た時点の法律にしたがって、それとして扱われ続け、そうした身分から権利・能力が与えられたり、新たな義務が課されないことへの期待を有する。法律に従って権利の発生原因を実現させた者は、その法律上の効果が得られることへの期待を有する（条件つきであったとしても同様である）。法律が許容している行為をなした者は、その行為が事後的に責任を生じさせたり、新たな義務の発生原因とはならないと考えたはずである。非違行為によって義務を負った者は、当該義務が当時の法律上の限度を超えないことを期待する<sup>(383)</sup>。

つまり、旧法下において生じるはずであった帰結が維持されることへの期待が、幅広く意識されていた。しかも、期待の原因は、さしあたり重要ではない。期待は、法律の明文規定によっても、法律が存在しない（規定していない）ことによっても、行為からも事実からも生じるとされている。

そして、ブロンドーによれば、期待が生じた場合、「そうした期待は考慮に値し、裏切ることはできず、そうでなければ何らかの害悪が生じてしまう」。こうした理解の前提には、法律によって実現される安定性の重視がある。ブロンドーは、安定性について次のように述べている。

「法律の最大の恩恵（bienfait）とは、それによってもたらされる安定性（sécurité）であり、それによって将来に向かって与えられて産業の基盤となる安定性への信頼（confiance）である。各人に最良の行為規範を指し示すこと、すなわち換言すれば、権利と義務を適切に配分すること、その権利の現実的行使を保護することさえも、確かに一つの恩恵ではある。だが、そうした配分が束の間以上に続くだろうと我々が思うのでなければ、無力（peu de chose）であろう。法律が存在しない場合であれば、人は、ある程度の慎重さにより、周囲よりも秀でていたり悪賢いのであれば、暫くの間、自身の能力を自分自身や同胞にとって最も有益なように行使するという特権を享受することができる。だが、法律のみがなし得ること、法律作品に本質的なものとは、今日存在する関係を将来に向かって保障することであり、勤勉な者に対してその生業の遠い成果を保証すること、一定の社会的仕組み（combinaisons sociales）の持続への全面的な信頼を前提とする有益な投機を生み出すことである。」<sup>(384)</sup>

ここでの安定性は、私人の法的地位や法関係それ自体の安定性を意味しているのではない。むしろ、法律それ自体の持続性、そして、社会的インフラとしての法制度の整備によってもたらされる人間社会の確実性が考慮されていることに、留意すべきである。また、

<sup>383</sup> BLONDEAU, « Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois », *op. cit.*, S. 1809, II, p. 278 et note 2.

<sup>384</sup> *Ibid.*, pp. 278-279.

そうした安定性への信頼が説かれているが、これも、法制度の目的実現という見地に基づくものである。例えば、産業の保護・育成のために法制度を整備したとしても、人々がその存在や持続を信じないならば法制度の狙いに沿った活動を引き出すことはできず、その結果、所期した成果は得られないこととなろう。

したがって、こうしてみると、法律それ自体の持続性、法律が社会にもたらす確実性、それらへの信頼を保護すべきであるとされるのは、それらが法律の効用・実効性を確保するためには不可欠であるという考慮によるものであったと言える。信頼を裏切るとは、「立法者が自身の権力を掘り崩すこと」であり、「立法者が束の間の庇護者と自身を区別する崇高な特徴を放棄すること」なのであって<sup>(385)</sup>、つまり、立法制度の存在意義の否定なのである。

もちろん、その一方で、「しかしながら、すべての期待を尊重しなければならないとすると、新法は、その後に生まれた者、あるいは、少なくとも、その後に、法律に服する諸関係についての合理的期待を抱き始める年齢に達した者しか、規律できなくなってしまう」。それでは、法律の効用・実効性は著しく減じられてしまう。そのため、期待を尊重すべきとする根拠と同じ考慮は、逆に、それを退けることもある。このことを、ブロンドーは次のように述べている。

「生じた期待の崇高な尊重を求める立法上の指針 (*précepte*) は社会的効用 (*utilité sociale*) から引き出されるのだが、この同じ効用は、ときに、期待に沿わないように要請するのである。」<sup>(386)</sup>

ここで明確に述べられているように、ブロンドーの期待論は、法律の「社会的効用」に依拠したものであった。この点は、ベンタムの功利主義から影響を受けたはずである。遡及効を主題としたこの論文では明示的に参照されてはいないものの、ベンタムの『民事および刑事立法論』<sup>(387)</sup> はフランスにおいて 1802 年に出版されており、ブロンドーはこれを参照していた<sup>(388)</sup>。

ブロンドーは、以上の立法一般論に続けて、法律の社会的効用を最大化するという観点から法律の時間的効力の範囲を決めるための一般原則を展開する。だが、ブロンドーの所説の検討を進めるに先立ち、ベンタムとの共通点と相違点を明確にするために、その『民

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>387</sup> Jérémie BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, publiés en français par Étienne DUMONT, 3 vol., Bossange, 1802. 邦訳として、長谷川正安訳『民事および刑事立法原理』（勁草書房、1998 年）。本書は、ベンタムの膨大な草稿を下に、デュモンが編集してフランス語で出版したものである。その経緯については、訳書における長谷川の解説に詳しい。本書の民事立法論に関しては、概観として参照、石井幸三「ベンタム著、デュモン編『立法の理論』の civil code」龍谷法学 36 巻 4 号（2004 年）64-128 頁。

法学者としてのベンタムについては、昨今のフランスにおいても関心が向けられている。上記著作は 2010 年に Dalloz-Sirey 社から復刻版が出版され、研究論文も公刊されている。Malik BOZZO-REY et Guillaume TUSSEAU (dir), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Economica, 2011.

<sup>388</sup> BLONDEAU, *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, De l'imprimerie d'Abel Lanoe, 1819, pp. 47-56. ここでブロンドーは、ベンタムの著作で示されている立法の基本原則についての概要をまとめている。なお、同書を増補したものが、1850 年に出版されたものである。

事および刑事立法論』の関連箇所を分析することとしよう。

## 第二項 ベンタムの期待論

ベンタムの『民事および刑事立法論』が出版された1802年という時代状況（1804年にナポレオン法典が制定される2年前、また、イギリスで工場法が制定された年）からして当然であるが、その関心は、新規の議会立法や法典化にあった。旧法が新法によって改正される場合における新法の効力については、これがブロンドーの主題であったが、ベンタムは直接には論じていない。したがって、ブロンドーは、ベンタムの理論を単純に適用したわけではない。では、ベンタムのどの議論を参考としたのかというと、おそらく、民事立法の原理において論じられた安定性や期待についてであったと思われる。そこで、以下では、これらに限って取り上げる。

### 1. 安全＝期待の優越性

ベンタムは、民法典の諸原理を考察する中で、「立法において最も重要な目的は、安全(sûreté)である」<sup>(389)</sup>と考え、その他の目的である生存(subsistance)、豊かさ(abondance)、平等よりも重視すべきものとした。ここでの安全とは、「身体、名誉、財物(biens)、身分(condition)に関係がある」<sup>(390)</sup>。それがなぜ最重要であるのか、どのような意味での安全なのかは、次の一節から端的に窺うことができる。

「法律は人間に対して、働きなさい、そうすれば報いよう、とは言わない。ただ、こう言うのである。

働きなさい、そうすれば、労働の成果、当然で十分な報いだが法律がなければ保ち得ないものの享受を、それを奪おうとする試みを阻止することによって保障しよう。」<sup>(391)</sup>

このように、単なる現状維持ではなく、現在の労働の将来における結果を確保するという意味での確実性が語られている。もちろん、安全ということには財産の保護も含まれているが、それは、安全の一側面あるいは手段という位置づけであったように思われる。現有財産の保持を保障することだけでは安全の観念にとって不十分であることを、ベンタムは次のように述べている。

「安全の原則に与えられるべき意味の広がり全てについて明白な観念を形成するためには、次のことを考える必要がある。すなわち、人間は、苦しむのも喜ぶのも動物のように現在だけというわけで

<sup>389</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, T. II, p. 10. 長谷川訳 295 頁。引用にあたっては長谷川訳を参考にしたので訳書の該当頁も記すが、その翻訳には幾つか誤訳（あるいは意味の通らない直訳）がみられるとともに、必ずしも誤訳ではないとしても原典を参照しなければ内容を正確に理解できない部分が多い。本稿では、多くの箇所、長谷川訳とは異なった訳となっている。

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 7. 長谷川訳 294 頁。

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 31. 長谷川訳 309 頁。

はなく、現実化する前から (par anticipation) 苦しんだり喜んだりすることがあり、したがって、現時点での損失から守られているだけでは不十分であり、むしろ、今後生じうる損失から所有物 (possessions) を可能な限り守らなければならない。安全の観念は、人間の想像力によって予測できるところまで拡張されなければならないのである。」<sup>(392)</sup>

人間は将来を見通すことができるため、将来も財産が守られていると安心できなければ、今は失われてはいないにしても、失われる不安に苦しむことになってしまう。ここでは現有財産の将来的保護が語られているが、最初の引用部分と合わせて読めば、労働によって将来的に得られるはずの成果が予め保証されていること（確実に得られると見通せること）も、安全の観念に含まれることであろう。

そうすると、安全というよりも、安定性と言った方がよいかもしれない（以下では、文脈に応じて、ベンタムが用いる « sûreté » の語を安定性と訳すことがある）。何れにしても、ベンタムにとって本質的に重要なのは、自己の財産について剥奪を受けずに所持しつづけるといった状態それ自体よりも、将来を見通すことができるという精神作用であったことは明らかである。このことを、先の引用部分に続けて、次のように述べている。

「この予感、人間の境遇に対して極めて顕著な影響を与えるものであるが、これを期待 (attente)、未来予想 (attente de l'avenir) と呼ぶことができる。期待があるからこそ、一般的な行動計画を立てることができる。期待があるからこそ、一生を織りなす継起する各瞬間が孤立した無関係の点ではなく、一つの全体の中で連続した諸部分となるのである。期待は、現在と未来のわれわれを結びつけ、しかも、われわれをも超えて後の世代にまで受け継がれる鎖である。人間の感受性は、この鎖の輪すべてに続いていくのである。」<sup>(393)</sup>

こうして、ベンタムによれば、安定性の原理において本質的に重要なのは、人々の期待を裏切らないことなのである。したがって、「財産 (propriété) とは、期待の土台でしかない。すなわち、所持していると言われる物から、それに対して既に置かれている関係の結果として一定の利得を引き出すという期待である」<sup>(394)</sup>。

## 2. 法律に基づく期待の尊重

以上のとおり、ベンタムにとって安定性が最重要であるというのは、期待の鎖のつながりを保障することで、各人が自ら作った人生設計を追求できるようにすべきであると考えられたためであった<sup>(395)</sup>。それ故に、立法は安定性を最も保障すべきとされるのである。こ

<sup>392</sup> Ibid., p. 31. 長谷川訳 309 頁。この部分と次の引用部分の訳については、英語版からの重訳ではあるが、児玉聡「ベンタムの功利主義における security 概念の検討」実践哲学研究 27 号（2004 年）29-46 頁（特に 34-35 頁）を参考とした。

<sup>393</sup> Ibid., pp. 31-32. 長谷川訳 309 頁。

<sup>394</sup> Ibid., p. 33. 長谷川訳 311 頁。

<sup>395</sup> 参照、児玉・前掲 35-36 頁。

のことは、一方で、民事立法の諸目的（安定性、生存、豊かさ、平等）の中での優劣に基づいている。ただ、他方で、安定性は「全くもって法律の産物である」ということも、民事立法におけるその重要性を導いているように思われる。このことを述べる次の一節は、先に引用したブロンドーの説示の前提となったことであろう。

「どんな自然の感情も作ることができなかったものを、法律だけが作り出した。法律だけが、財産（*propriété*）<sup>(396)</sup>の名に値するような確固としていて恒久的な所有物（*possession*）を創出することができる。法律だけが、人間を用心（*prévoyance*）という軛に服するように習慣づけることができ、それを身に付けることは初めは辛い、次第に身に付けやすくなり、それが心地よくなる。法律だけが、当面はする必要がなく、しかも将来的にしか成果を受けられないような労働に就くよう促進できる。」<sup>(397)</sup>

法律のみが安定性を生み出すことができ、それによって初めて、期待が確実に保護されることになる。そして、こうして法律に基づき生じた期待は、それ自体も尊重に値するものでなければならない。こうして、「安定性の原則には、……あらゆる期待の維持が含まれる。すなわち、結末が法律に依存している限り、法律が生じさせた期待通りの結末にならないといけない」<sup>(398)</sup>。つまり、他の法律によってこれを覆してはならないよう要請されるのである。

ここで留意すべきは、法律に基づく期待が語られていることである。ベンタムは原始状態における「自然の期待」があり得ることを認めているが、事実上の力関係によって獲物を保持できるといった僅かな場合に限られる上に、「悲惨で不安定」なものであると考える。これに対して、法律に基づく期待こそ、その名に値するものとされる。

「一時的な弱い期待は、純粋に物理的な事情から時々が生じることがあるが、恒久的な強い期待は、法律からしか生じ得ない。」<sup>(399)</sup>

ここからも明らかであるが、なぜ法律に基づく期待が最大限に尊重されるべきなのかというと、期待（安定性）の優越的価値だけでなく、法律に基づき生じた期待の強さが関係している。法律に基づくあらゆる期待がこれに該当するわけではないであろうが<sup>(400)</sup>、その中には、「恒久的な強い期待」があり得るのである。財産についていえば、それは法律のみが

<sup>396</sup> ベンタムにおける「*propriété*」の概念は、法律によってのみ生み出され、法的に承認された観念的な所有関係であり、物自体ではないが、「財産」と訳されている（参照、石井・前掲「ベンタム著、デュモン編『立法の理論』の *civil code*」77-78頁）。

<sup>397</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 29. 長谷川訳 308 頁。

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 32. 長谷川訳 309 頁。

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 35. 長谷川訳 312 頁。

<sup>400</sup> 当然のことであるが、財産に関する安全には、それが全体として最大であり続けるために、一定の犠牲が求められる。ベンタムが挙げるのは、防衛、警察、災害援助、犯罪者に対する罰金、これらの役務遂行に必要な財源、自己や他者に対する害悪を防ぐための財産の使用制限である（*Ibid.*, pp. 57-58. 長谷川訳 326 頁）。



創設し得るものであるが、それにより、物から何らかの利益を引き出し得ることへの「確立した期待 (attente établie)」、「確信」<sup>(401)</sup> が基礎づけられることになる。

なお、こうして法律に基づく強い期待を維持すべきことが説かれたが、ここには逆の場合についての含意はなく、自然的な弱い期待であれば尊重に値しないとは説かれていない。自然の期待は、法律により確立されないままでは確実ではなく、抗し得ない事情によって容易に破られてしまう。そもそも、安易に期待などなし得ない状況であると言えるかもしれない。とはいえ、期待が本質的に重要であることに変わりはない。

### 3. 法律に対立する期待

さて、期待は尊重されなければならない。そこで、「期待に対する法律の影響力 (Pouvoir des lois sur l'Attente)」との章においては、立法者が「期待と手を取り合ってやっていくために」留意すべき諸条件が提示された。ベンタムは 7 つの条件を挙げるが、これらは、積極的条件と消極的条件とに分けられるように思われる。

まず第一に、消極的条件とは、相当に硬直的なものである。ベンタムは次のように述べており、法律に基づく期待はもとより、それ以前の自然的な期待であっても、法律はそれによって拘束される。

「あらゆる人々には、すでに旧法や旧習に基づく多数の期待があるので、立法者は、絶えず手を焼かされる調和と配慮という手法に従わざるを得ない。」<sup>(402)</sup>

したがって、法律あるいは新法以前の期待（例えば、旧制度にしたがって何かしらの得られるとの期待）を直ちに覆すような法律を制定することは許されない。このことを端的に示しているのが、安定性と平等との関係であろう。ベンタムによれば、立法者は、法律以前から存在している財物の大部分について、「現に確立しているとおりの配分を維持しなければならない」。したがって、「安定性と平等とが衝突するとき、一瞬もためらうべきではない。譲らなければならないのは、平等である」<sup>(403)</sup>。ここで懸念されたのは、自己や他者の財産が侵害されてしまうと、人々は自分の所有物あるいは今後獲得するであろう物が失われるのではないかと不安に苛まれ、また、努力しても成果が得られないことにより勤労意欲は衰退してしまうことであった<sup>(404)</sup>。

では、財産の配分を変更できず、財産を基礎とした期待を覆し得ないため、不平等が永遠に固定化されてよいのかというと、勿論そうではない<sup>(405)</sup>。例えば、遺言能力を制限する

<sup>401</sup> Ibid., p. 33. 長谷川訳 311 頁。

<sup>402</sup> Ibid., p. 95. 長谷川訳 351 頁。

<sup>403</sup> Ibid., pp. 47 et 48. 長谷川訳 320 頁。

<sup>404</sup> Ibid., p. 39 s. 長谷川訳 315-316 頁（第 10 章「財産に対する侵害から生じる諸悪の分析」における諸悪の第三と第四）。

<sup>405</sup> 「問題は、いかに現存の所有制度が生み出している期待の安定性を脅かすことなく、そのような不平等の削減を実現するかである。私見ではベンタムのこの現実的な問題設定こそが、革命ではなく改革による変革を望んだ彼の真骨頂である」（児玉・前掲 41 頁）。

ことで所有者が死亡した時に一人だけに全てが相続されないようにしたり、相続人がいない場合には財産の一部を再分配に当てることにより、平等を漸進的に実現できる。そして、この例では、安定性に対する侵害はないとされる。というのも、「この場合は、期待が生じていない新しい取得者に関することであり、したがって、誰の希望も裏切ることなく、全ての者の利益を生み出すことができる」<sup>(406)</sup> からである。

安定性を侵害することなく平等を実現するための立法につき、ベンタムは期待の有無を軸にして、その可能性を説いた。未来へと続く期待の鎖を保障しなければならないとしても、期待は永遠には続かない。鎖の切れ目を捉えて、期待を持たない者との関係で変革をもたらすことが、立法者にとって唯一可能な手段なのである。このことを、ベンタムは非常に印象的に述べている。

「対立する利害の唯一の調停者は、時間である。安定性の教えに背くことなく平等の教えに従おうとするのであれば、自然と希望も不安もなくなる時期、死の時期を待ちなさい。」<sup>(407)</sup>

話を若干戻すと、ベンタムが「期待に対する法律の影響力」を論じるとき、そこでは、既成の期待に対して法律がどのような変更を及ぼし得るのが論じられているのではなく、そもそも期待を裏切ることが許されないとされる。そのため、立法者にとっては、「法律が期待の形成に先行する」<sup>(408)</sup> ことが何より重要となる（これは、法律が一般的期待と適合するための第一条件とされる）。

では、そのためにはどうすればよいのか。この点については、自然の期待が法律（現在の法律や今後制定されるかもしれない法律）に対立することを防ぐために、その発生を予防・抑制することが考えられる。その手法として、ベンタムは、法律の周知、文体や構成の単純さ、法律の完全な執行（逸脱の防止）、文字どおりの適用（解釈の禁止）を挙げていた。

#### 4. 期待に適合する法律内容

次に、第二の積極的条件とは、以上とは逆に、「法律の正当性は、世間一般の期待（*attente général*）との適合性如何による」<sup>(409)</sup> というものである。消極的条件として既成の期待の尊重があったが、これは、特定人の具体的期待を直ちに覆し得ないことであると思われる。積極的条件とは、このことに加えて、法律が「世間一般の期待」に適合するよう要請する。

この点、ベンタムが挙げている例を先にみておこう。「ある人が亡くなるとその財物は最近親者に移転されるということは、一般に認められた規範（*règle généralement admise*）であり、期待は当然にそれへと向かっていく。このことの帰結でしかないような相続法であれば、広く承認され（*obtiendrait une approbation générale*）、あらゆる人々に理解されるであろう」。

このように、人々が抱くであろう（抱いたであろう）一般的期待との適合性を論じると

<sup>406</sup> BENTHAM, *op. cit.*, p. 52. 長谷川訳 323 頁。

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 52. 長谷川訳 323 頁。

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 95. 長谷川訳 351 頁。

<sup>409</sup> *Ibid.*

き、その背後にある何らかの原理との関係が意識されている。つまり、「法律が一般に認められた原理 (un principe généralement admis) に基づき一定の規定を設けた場合、当該原理に合致する規定は、どれも一般的期待と当然に適合することとなる」。そして、それ以後、「法律は相互に首尾一貫していること」が、積極的条件の一つとなるのである<sup>(410)</sup>。

では、「一般に認められた原理」とは何なのか、どのようにして判断されるのか。この最も重要な点について、ベンタムは次のように述べている。

「功利の原理 (Principe de l'Utilité) にしたがうことでしか、真に首尾一貫した法律を制定することはできない。これこそが、あらゆる期待に通じる集約的問題点 (le point général de réunion de toutes les attentes) である。」<sup>(411)</sup>

こうして、「世間一般の期待との適合性」、すなわち法律内容の実質的正当性を判断するという根本的局面に至り、「功利の原理」が持ち出された。法律は、功利主義の観点からして一般に認められるはずの原理に適合していることが要求され、そうした法律は、一般的期待に適うはずのものと考えられた。功利に適合する法律が、期待とは区別された世論 (opinion publique) によって支持されないことがあるかもしれない。だが、それは「一時的な偶発事」でしかないようである。最大の利益をもたらす法律であることを人々知らしめ、「それを覆うバールが取り除かれれば、直ちに期待に沿い、世論を改めさせることとなるであろう」<sup>(412)</sup>とされるのであった。

<sup>410</sup> Ibid., p. 98. 長谷川訳 353 頁。

<sup>411</sup> Ibid., pp. 99-100. 長谷川訳 354 頁。

なお、本注対応の引用部分では、功利の原理が「あらゆる期待」に関わるとされているため、既成の具体的期待の尊重（消極的条件として整理した要請）についても、功利主義の観点からの判断に服すると解されるかもしれない。石井・前掲 95 頁は、「いわゆる社会から自生する予期〔注、本稿では期待と訳している語〕をそのまま容認するのではなく、立法権者による功利主義という篩にかけた予期あるいは功利主義から正当化される予期だけを容認している」と指摘する。だが、安定性は平等に優越することから、ベンタムは、奴隷制さえも直ちに廃止すべきでなく奴隷所有者に配慮しなければならないと考えていた。また、安定性に対する侵害の例（15 章）では、地位や年金について言及されており、公益を理由にしてそれを即時無補償で廃止することにも反対している。すなわち、「各人は、他の者と同じように公衆の一部ではないのだろうか。擬人化された公益とは、抽象的用語に過ぎず、大多数の個人的利益を表すだけである。一方がすべてであり他方は無であると考えてのではなく、何れも考慮に入れなければならない」。「個人的利益のみが、現実の利益である」。確かに、一人の地位や年金を廃止して、それを公衆に配分したとしても、負担は一人に集中するのに対して、公衆に配分された利益は微々たるもので誰も豊かにはならないと述べられており、功利主義による判断もなされている。

それでも、この場合の功利主義的評価は、個々の期待についてそれを維持することの結果（期待に沿って生じるはずの結果）が不当でないことを副次的に説くものとなっているように思われる。むしろ、ベンタムにおいては、功利主義に基づき期待の尊重が導かれており、既成の具体的期待は原則として尊重すべきと考えられている。したがって、その名に値する期待が生じていたか否かが重要であったように思われる。

<sup>412</sup> Ibid., p. 100. 長谷川訳 354 頁。

### 第三項 期待論の展開

さて、ベンタムに影響を受けて期待論を展開したと思われるブロンドーであるが、まず、法律の時間的効力の範囲を決めるための一般原則を提示した。すなわち、法律の社会的効用を最大化するという観点から、旧法下で生じた期待の有無・程度を衡量すべき、というのである。このことを次のように述べている。

「立法者はほぼ常に損害を選択することしかできないのであって、旧法の効力をそのままにしておくことよりも旧法下で生じた希望を覆すことの損害の方が小さいならば、新たな規定を執行させることをためらうべきではない。だが、期待を害することで非常に重大な問題が生じてしまうため、事物の通常の道理として、その尊重に立法者が関心を持たないことなど殆どあり得ない場合がある。」

(413)

ここでは、立法者の選択が語られているが、それが法律において明示されていない場合には裁判官が期待の軽重について評価することになるとされているため、ブロンドーの議論は立法論だけでなく解釈論にも向けられている。その一方で、期待の尊重に関する一般原則の提示は難しいく衡量に拠らざるを得ないとしても、裁判官の裁量に委ねるよりは、「立法者があらゆる新条文の経過的効果 (effet transitoire) を規定するよう拘束されることの方が格段に望ましいであろう」<sup>(414)</sup>と考えており、立法論に比重があったことは否定できない。

何れにしても、立法論での期待の扱い方が重要となるであろうが、フランス民法典 2 条を前提とした解釈論では、遡及効の定義を明らかにすることが重要となる。この点、ブロンドーは、新法の適用よりも期待を損ねることによる損害の方が大きいと評価される場合に、「そのような期待を破るならば、法律には、遡及効と曖昧に言われているものが認められる」<sup>(415)</sup>と述べている。ベンタムは法律に基づく期待を概して強いものと考え、その尊重を説いていたが（なお、自然の期待が尊重に値しないと説かれたわけではない）、これに比べると、ブロンドーの立場は柔軟であり、期待の程度を実定法との関係から個々に評価しようとしていることが分かる。

では、新法の適用と旧法上の期待の尊重とで何れが社会的に損害が少ないかの衡量は、どのように行ふべきなのか。期待の程度には状況に応じて強弱があり、適切に衡量することが実際において容易でないことはブロンドーも自覚していた。こうしたことから、「判断方法」を提供するという目的で、期待の評価に関する一般的考察が展開された<sup>(416)</sup>。

<sup>413</sup> BLONDEAU, « Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois », *op. cit.*, p. 279.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 279, note 2.

<sup>415</sup> *Ibid.*

<sup>416</sup> *Ibid.*, pp. 280-281. なお、期待の程度の判断方法に関する以下の考察については、初出の論文には曖昧な部分が多く、1850 年の著書 (BLONDEAU, *Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 173-177) に収録された際にはかなりの補足説明がなされているため、これも参照した。

また、1850 年の著書に収録された際の補訂では、裁判官に委ねることの問題点として、新法の適用をめぐる膨大な訴訟が生じてしまうこと、および、不統一と不確実になってしまうことが指摘された。

第一に、権利を取得することの期待についてである。そうした期待は、その実現が期待発生時よりも遠のく程により不確実な事情にかかることになるため、それだけ期待は弱いものとなる。こうした期待実現の確実性という観点からは、単に権利の取得を可能とするに過ぎない「能力 (aptitude)」(固有の意味での能力 (faculté) や権利を取得できるとの期待が含まれる<sup>(417)</sup>)を失わせることの損害は、これに基づき実効的な権利を得るために必要な事情の発生が困難・希・不確実であればある程、より少ないこととなる。逆に、行使するならば現実的な利得を生み出すことになる「実効的な権利 (droit effectif)」は、既に期待が実現している(権利が取得されている)ため、これを奪うことの損害は大きいとされる。

第二に、「実効的な権利」を有している場合において、そうした権利を保持することの期待についてである。ここでは、かかる権利が、「継続的権利」と「瞬時的権利 (droit éphémère)」とに区別される。前者は「同種の行為が無限ないし一定限度で続くことからなる」権利であり、後者は「ただ一つの行為からなり、それ故に行行使することで完成する (se consommer)」権利である。前者は後者よりも考慮に値するとされる。

もっとも、継続的権利はただそれだけで考慮に値するというわけではない、と考えられていたように思われる。ブロンドーは、「既に確定的に取得され、おそらくは行使され始めた」継続的権利について論じていたからである。しかも、補訂版では、次のように補足がなされている。

「継続的権利を行行使することで、権利者は、当該権利がもたらすものを享受することが習慣になる。

そして、それを再び行行使することの期待および欲求は、一般的に、日に日に増していく。その結果、この種の権利は、より長く行行使されてきた程、一層考慮に値することになる。」<sup>(418)</sup>

また、継続的権利であっても、その性質に応じて重要度が変わるとされる。すなわち、所有権や、「個人の所有物に従属する物に関する継続的権利」のように、継続することが確実な権利については、現在において行行使することをどれだけ期待していたか、将来行行使し続けることをどれだけ期待しているかに比例して、当該権利がもたらす利得の考慮度合いが変わってくる。これに対して、そうではない継続的権利がもたらす継続的利得 (avantages successifs) は、互いに独立しているため、権利行使についての期待の程度によって考慮度合いが増すことはない。

第三に、権利の発生原因に応じて、それに対する期待の重要度が異なる。すなわち、権利が契約から生じたものか、その他の取得事由 (événement investitif) によるかが区別される。そして、前者の方がより考慮に値するとされる。というのも、「契約の結果に対する信頼を覆してしまうと、産業の発展を止めてしまい、諸個人が判定者であるべき有効な取決めに妨げてしまう」からである。

BLONDEAU, *Essai sur quelques points...*, op. cit., p. 170, note 1.

<sup>417</sup> BLONDEAU, *Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, op. cit., p. 208.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 174, note 1.

以上の三点については、ブロンドーが最初に説いていた立法制度のもたらす安定性とそれに対する信頼の考慮が根本にあるものと思われる。ベントムやブロンドーによれば、現在の労働の将来における成果を保証することが法律の本質的機能である。こうした観点から、より直近のこと（第一）、現在に基礎をもつ継続的なこと（第二）、個人の意思に基づくこと（第三）につき、それぞれに関する期待は尊重に値すると解されたのであろう。

第四に、新法の目的、とりわけ新法が権利を制限する場合におけるその目的に応じて、期待が破られることの評価が変わる。ここでは、新法が、国家の必要を充足することを目的とするのか、私益を目的とするものが区別される。前者である場合、それによって期待が破られるとしても甘受しなければならないことが多いようであるが、ただ、一概にそうではなく、ブロンドーは社会的効用の観点からの評価を求めた。

「概して、期待を覆す変革が、より有益であると一般に受け止められ、かつ、広く認められている観念により適合するのであれば、〔旧法下で〕生じた期待は、容易に譲歩することになる。」

この説示は、それ自体では公益を優先すべきことを意味しているに過ぎないと受け取られるかもしれないが、おそらく、それ以上の含意がある。ベントムにおいて「世間一般の期待」が語られ、しかも、それが「功利の原理」に従って判定されるものと考えられていたが、このことが、ブロンドーにも影響していると思われる。

第五に、過去の出来事の帰結を変更することの損害につき、私人側の事情が考慮される。一つは、ある出来事その他の多数の出来事の根拠となっている場合、例えば、ある出来事が譲渡可能な権利あるいは能力を生じさせ、それを利用して契約等がなされることがあった場合、最初の出来事の帰結を変えることは重大な損害をもたらす得る。というのも、その結果として、後続行為に関連する多くの期待が破られてしまう。いま一つは、新法の影響を受ける権利ないし地位がそれ自体において重要かつ複雑である場合も、同様である（ここにも、第一から第三に関連して指摘した考慮が同じく影響しているであろう）。

第六に、期待の根拠となった法律規定の状態に応じて、期待の考慮度合いが変わるとされる。すなわち、曖昧な法律に依拠している期待は脆弱であるのが通常であり、対立する期待と衝突することがある。また、期待が明文規定に依拠している場合よりも、法律が存在しないことに依拠している場合の方が弱いと位置づけられる。なお、この点に関連して、ベントムは「法律が期待の形成に先行する」ことが重要であると述べていた。だが、ベントムは、自然の期待によって立法活動に支障が生じるのを防ぐために、その発生を抑制することに関心があった。だが、ブロンドーは逆に、自然の期待を、それ故に弱いものと位置づけたのである。

## 第二款 既得権論

民法典 2 条は、法律に「遡及効 (effet rétroactif)」がないと定めるにとどまる。その法意を期待の尊重であると理解したのがブロンドーであった。その論文における個々の考察は学説によって参照され続けたが、期待論（および期待の評価方法としての衡量論）が支持されることはなかった。学説においては、「遡及効」が既得権の概念との関係で理解されるようになるのである<sup>(419)</sup>。

とはいえ、ポルタリスが民法典 2 条の趣旨説明の中で「既得権」に言及したのは、ただ一度だけであり、しかも何の説明もなかった<sup>(420)</sup>。確かに、この概念は、先に引用したようにドマ等によって用いられており、革命期の遡及立法・反遡及立法の条文にも見受けられたし、民法典においても何度か用いられている<sup>(421)</sup>。したがって、既得権は、民法典の制定当時においても馴染みのない語であったわけではない。しかし、法律の時間的効力論における鍵概念として位置づけてはいなかった。

20 世紀に時際法を体系化したポール・ルビエの研究によれば、既得権は、革命期の立法に淵源があるとされる。すなわち、「法律の時間的抵触についてのあらゆる理論を民法典 2 条から引き出すことが目的とされ、そして、その最初の基礎は中間法での経験によって与えられた。それは、とりわけ、共和暦 5 年プリュヴィオーズ 18 日の法律であって、これにより、既得権と期待という学説上の最も重要な区別の最初期の要素が与えられたのである」<sup>(422)</sup>。共和暦 5 年プリュヴィオーズ 18 日の法律<sup>(423)</sup>は、革命期の遡及的相続法から遡及効を除去するために制定された反遡及法の一つである。そこでは、確かに、「取消不能 (irrévocable)」であることを基準にして、新法と旧法の適用関係が処理された。

<sup>419</sup> 行政行為の訴訟法的概念構成の再検討を試みた『一方的行政行為の理論の歴史的形成』と題する 2013 年に公表されたフランスのテーズの中で、アン・ロール・ジラルド（現ポワティエ大学准教授）は、私法学説の既得権論、行政裁判所における既得権の概念の受容、それに対する公法学説による否定的反応について、網羅的かつ極めて鋭い分析を行っており、示唆に富む。Anne-Laure GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse Paris II, Dalloz, 2013, pp. 379-441. ただ、数多の学説・判例を高度に要約的かつ洗練された文章でもって整理している。

<sup>420</sup> ポルタリスは次のように述べていた。「市民の自由 (liberté civile) は、法律が禁じていないことを行う権利である。……もし、市民が……既得権 (droits acquis) が妨げられる危険に曝されるのではないかと恐れることがあるとすれば、市民の自由はどうなってしまうであろうか」。

<sup>421</sup> 制定当時の民法典（ナポレオン法典）の、542 条（市町村入会地は、市町村の一または複数の住民が *droit acquis* を有する所有権または産出物に属する財産である）、1041 条（条件は遺言者において処分の執行を停止させるだけであり、指定相続人や受遺者がその相続人に移転し得る *droit acquis* を有することを妨げるものではない）、1298 条（相続は、第三者の *droits acquis* を害してはならない）。

<sup>422</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>423</sup> この法律については、本章第一節第一款第三項を参照。1 条は次のような規定であった。「授益、先取控除、先取分、生前贈与、契約による相続人設定その他の同じような性質の取消不能 (irrévocable) の処分であって、1793 年 3 月 7 日の法律の公布より前に直系において正当に定められたもの、および、共和暦 2 年ブリュメール 5 日の法律の公布より前に傍系または非親族者間において定められたものは、当該日までに開始された相続についても、それ以後に開始される相続についても、旧法にしたがって完全な効果を有するものとする」

もっとも、革命期の立法には「既得権 (droits acquis)」の文言を用いる規定<sup>(424)</sup>もあったことから、当時の法律用語として、「取消不能」であることが「既得権」を意味していたわけではないようにも思われる。むしろ、革命期から民法典制定までの時期、「既得権」は第三者が取得した権利を表すことが多かった。

では、法律の不遡及原則の中に、どのようにして既得権の概念が取り込まれていったのであろうか。そこでの既得権は何を意味し、また、どのような論理構成がなされたのであろうか。以下では、既得権論の萌芽と位置づけうる学説を概観した後(第一項)、フランス法において既得権論を確立したメルランの所説を分析する(第二項)。その確立は1828年であったが、学説はこれをどのように受け止めたのか。最後に、19世紀中頃までの学説を分析する(第三項)。

## 第一項 理論的萌芽

### 1. シャボ・ドゥ・ラリエとメイエ

法律の時間的効力論との関連において、既得権の概念にフランス語圏で初めて明確な定義を与えたのは、シャボ・ドゥ・ラリエ<sup>(425)</sup>であった。1809年に著された『ナポレオン法典についての経過問題』においては、民法典の時間的適用範囲の問題が詳細に論じられた。その中で、シャボは、既得権の概念は「本書で扱われる個別問題のほぼ全てに及ぶものである」との位置づけを与えた上で、次のような定義を示した。

「既得権とは、当該権利の完全な享受を妨げるために主張される事実・行為・法律よりも前に、取消し得ないものとして与えられ、確定的に取得された権利 (ceux qui étaient irrévocablement conférés et définitivement acquis) である。権利を与えた者が自由に (ad nutum) 取消すことのできる権利は、未だ単なる希望 (espérance)、単なる期待 (expectative) でしかないため、既得権でないことは明らかである。」<sup>(426)</sup>

<sup>424</sup> 例えば、「第三占有者、および、共和暦2年ブリュメール5日のデクレによって取消された処分に含まれる財産について当該法律以前の確定日付を有する抵当権者その他の者の既得権 (droits acquis) は、これを維持する」(雪月法45条)。

<sup>425</sup> CHABOT DE L'ALLIER (Georges-Antoine) (1758-1819)は、アリエ県のモンリュソンに生まれ、1783年にパリのパルルマンの弁護士になった後、モンリュソン裁判所所長となる。1796年以降、総裁政府の時期には議員となり、1799年のブリュメール18日のクーデタの後には護民院 (Tribunat) の議員となり(1807年の廃止まで)、民法典の法案審議にも加わった。熱烈なナポレオン支持者。護民院の廃止後は立法院 (Corps législatif) の議員になった後、1809年には破毀院の裁判官となる。その後は、王政復古にもかかわらず、生涯その地位を保った。相続法についても著作を残している。

<sup>426</sup> Georges-Antoine CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, T. I, Garnery, 1809, p. 377. 本書は、第一版に対する著者の注釈を加えた第二版(全三巻)が1829年に出版されているが、既得権に関しては記述に変化はない。

既得権の定義を導くにあたって直接に参照されたわけではないが、シャボは次の文献を引用している (p. 380). Tobias-Jacob REINHARTH, *Selectae observationes ad Pauli Christinaei Decisiones*, T. I, obs. 49, n. 5; Johann August HELLFELD, *Jurisprudentia forensis*, T. I, Sect. 21.

なお、既得権には、人的・物的の2種類があるとされる(378頁)。すなわち、「droits personnels は、取得された場合でも、取消し得ないものであると定める契約条項があったり法律が明示的にそのように



そして、「法律の影響力は、その公布前において取消し得ないものとして終結してはいなかったものにまで及ぶ」ことから、新法は、単なる期待については変更や消滅させることができる。だが、「取消権を持っている者がそれを行使しないまま亡くなった瞬間から、権利は完全なものとなる」、つまり既得権となり、もはや新法による影響を免れることになる」と解された。

シャボは既得権の概念を取り上げつつも、その主眼は個別的な経過問題の検討にあり、しかもアルファベット順の項目立ての下で具体的検討がなされたため、既得権論の体系化が図られたわけではなかった。そのため、「シャボは基本書を著そうとはしなかった」こと、「一般理論の形成」には取り組まなかったことに不足を感じ、経過問題の一般理論的考察に取り組んだのが、アムステルダム弁護士の子メイエであった。

メイエは、オランダが第一帝政期のフランスの支配下となり 1811 年からフランス法が適用されることとなった際、多くの経過問題が生じたことから、1813 年に『経過問題についての諸原則』<sup>(427)</sup> をフランス語で著した。そこで注目されるのは、法律一般の性質から引き出される 2 つの根本原則を提示したことである。

## 2. メイエの第一原則

第一に、「法律は不可能なことは望み得ない」、すなわち、「新法の規定がどのようなものであろうと、あらゆる行為は、それが為された時点において当事者を規律していた法律によって判断されなければならない」(第一原則)<sup>(428)</sup>。 *tempus regit actum* (時は行為を支配する) ということであり、広く認められてきた原則である。ただし、ここでは形式 (*forme*) と実体 (*fond*) が区別され、第一原則は行為の形式についてのみ妥当するとされる。すなわち、「行為の形式は、行為がなされた時点において有効な法律によって判断されなければならない」。これに対して、「行為の実体は、既得権の制限になる場合を除き、行為の執行が請求された時点で有効な法律によって判断されなければならない」<sup>(429)</sup>。

では、形式と実体はどのような意味で区別されるのか。例えば、前者には意思の表明方法などが、後者には人の能力、債務の原因、当事者の合意などが該当する。この区別はローマ法学者において論じられていたことであり、特に、遺言に関する *solennitates internae*

---

規定していた場合であっても、新法はこれを変更や廃止することができるが、ただ、その発布の時からその後の行為や効果についてに限られ、旧法の規定の下での権利に基づいてなされたことや旧法に基づき生じた効果について新法が遡及することはできない。「*droits réels* については、明示的合意によるものであるならば、かつ、取消し得ないものであると定める契約条項があったり現行法がそのように規定していたならば、それは、どのような方法であっても新法が廃止・変質・修正・変更できない既得権であり、その公布後の効果についてであっても同様である」(契約、相続や贈与もここに含まれる)。

<sup>427</sup> Jonas Daniel MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, G. Dufour, Amsterdam et Paris, 1813 ; Nouvelle éd., par Aaron Adolf DE PINTO, J. W. Van Leeuwen, 1858. 新版は初版の後ろに増補(初版の要約およびその後の学説の概要)を加えたものであり、初版の記述に変更はないので、本稿では新版を参照した。なお、メイエ(1780-1834)のオランダ語での表記は« MEIJER »のようである。オランダで最初のユダヤ人法律家であり、オランダでのユダヤ人の解放のために奮闘した。

<sup>428</sup> MEYER, *op. cit.*, p. 9.

<sup>429</sup> *Ibid.*, pp. 14-15.

と *solemnitates externae* の区別を一般化したものであることが指摘されている。そして、形式に関しては、法律所定の形式を履行することで行為は「完全 (parfait)」になると見なされるが<sup>(430)</sup>、実体に関しては、行為がなされただけでは必ずしも完全ではない。ただ、完全であることは直ちに適用法令を画定するものではなく、重要なのは、法律に従ったことの意味である。

すなわち、行為の形式について新法を適用し得ない理由を、メイエは次のように説明する。行為時には知られていなかった新法の形式を、その時点で予測して、予めそれに従うことなどなし得ないのであるから、そうした形式を行為時において履行するよう求めることは不可能である。不可能なことを求めるならば、個人は不測の損害を被ってしまうであろう。だが、個人が当時有効であった法律所定の形式を履行していたとすれば、このことは、法律には従うという意思の表明であるため、したがって、もし行為当時において新法と同内容の形式が知られていたとすれば、個人はその形式を履行したはずであるとみなし得る<sup>(431)</sup>。こうして、メイエは、既知のことに従ったという事実「誠実性 (bonne foi)」の推定<sup>(432)</sup>を見出す。それが新法の適用により裏切られてしまわないように、形式については行為時の法律を適用すべきことを原則としたのであった。

これに対して、行為の実体については、新法に対して保護されるべき「誠実性」は考えられないとされる。このことを、メイエは次のように述べている。

「法律によって禁止されている行為をなし得る能力があることや、法律が許容していることを不可能とすることは、当事者次第で決められることではない。法律規定により規整される (se régler) ことを、当事者は如何ともなし得ない。したがって、新法が新たな規定を設けた場合でも、誠意 (bonne foi) が裏切られたと主張することはできない。」

「〔新法によれば〕完全あるいは限定的な無能力となってしまうことを予測できた場合であっても、その者次第では、自身の遺言の新法における瑕疵を予防することはできない。」<sup>(433)</sup>

ここでは、実体に関する法律が、行為に対する制限であったり許容される行為の枠組みであり、枠内では自由に行為をなし得るものの、違反や逸脱は許されない性質を有すると理解されているように思われる。そうした実体法においては、新法が予測されたとしても現行法に反する行為はなし得ず、また、現行法が許容していた行為であっても新法が禁止したならば以後は許されなくなる。そのため、個人が現行法に違反しなかったとしても、このことは、新法が予測されていればそれに適合的な行為をなしたはずとは推定されず、実体法に関して個人に保護すべき「誠実性」はあり得ないとされるのである。

<sup>430</sup> 「契約においては、当事者の権利および約定された条件について規律するのは実体についての法律であるが、契約は口頭または書面によりなされるのであり、形式についての法律規定にしたがい、交付前であってもその行為のみにより完全なものとみなされることになる」(Ibid., p. 11)。

<sup>431</sup> Ibid., p. 11.

<sup>432</sup> 「現行法に従うことで所定の形式を遵守する意図を表明したのであれば、新たな形式が予測されたのであれば遵守したであろうことの推定 (présomption) を生じさせるのに十分である」(Ibid., p. 12)。

<sup>433</sup> Ibid., pp. 12 et 13.

こうした実体法に関する説示は、公序に関する規範の強行性を論じているだけであるとも思える。だが、強行法と任意法とが対比されているわけではなく、「誠実性」の有無が結論を分けている。

メイエにおいては、形式に関する法律に従ったことによって行為は形式上完全となり、しかも、法律に従ったことより行為者の誠実性が推定されるのであり、特に後者に基づき完全な行為には静態性が必要とされることになる。そのため、新法からも保護されるべきであり、新法が制定されたとしても形式をやり直すことは原則として必要ないと解されるのである（新法所定の形式を履行していなかったとしても行為は無効にならない）。これに対して、行為の実体はというと、行為時の法律の枠内において行為をなしたとしても、行為者について法律に従うことの誠実性は推定されず、その点で静態性が必要とされることはない。そのため、旧法下でなした行為が未だ完了していなかったような場合には、以後、新法によって規律されることになるのである。そして、こうしたことを考慮して、第一原則からは次のような理論的帰結が導かれた。

「行為の静態性はあらゆる民事的安定性（*sécurité civile*）の基本的土台の一つであるが、法律の不遡及原則は、専ら、行為の外的形式に関することにおいてのみ確立され得るものである。」<sup>(434)</sup>

実体に関しては不遡及原則が一般的には妥当しないとされるが、ここでは、誠実性の有無だけでなく、異なる観点からの考慮もなされている。というのも、メイエは、「ここでは完全な行為の静態性はもはや問題ではなく、行為は必要なもの（*complément*）をまだ受け取っていなかったのであり、したがって、同一の権利を維持することはもはや重要ではないのである」<sup>(435)</sup>と述べている。確かに、行為がなされただけでは、権利は実現していないことがある。だが、何時かはそうなるはずである。こうした観点から、行為の実体に関しても新法の適用を制限する第二原則が導かれることになる。

### 3. メイエの第二原則

メイエによれば、第二に、「何らかの権利を正当に取得した者から、当該権利を奪うことはできない」（第二原則）。なぜなら、「この原則に異議を唱えるならば、神聖な所有権を侵害し、あらゆる人間社会の土台を掘り崩してしまう。また、自らを拘束する契約を結ぼうと決めた当事者は、法律によって利得が約束されていることを専ら考慮したのであり、もし利得がないならば個別条項によって債務を修正したことであろうから、そうした契約当事者を裏切ってしまう」からである<sup>(436)</sup>。

第二原則に関しては（つまり、行為の実体に対する新法の適用をめぐっては）、既得権とは何かという問題にほぼ全てが集約される。この点、メイエは、「権利が既得（*acquis*）であると見な

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>435</sup> *Ibid.*

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 10.

しうるのは何時なのか」と問う。そして、次のような既得権の定義を示した。

「〔既得権〕の名の下には、それを行使する者の所有（*propriété*）となった権利のみが含まれ得る……。

〔中略〕では、所有とは何なのか。それは、最も絶対的な方法で物を享受し、処分する権利（*le droit de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue*）である。人は、所有の譲渡を強制されることはない（*personne ne peut être contraint de le céder*）。」<sup>(437)</sup>

メイエによる既得権の定義は、所有（権）の定義とほぼ同じである。実際、上記引用部分においてはフランス民法典での所有（権）に関する一般的規定である544条・545条が参照されているが、上記引用において括弧書きでフランス語を記した部分は、条文の規定とほぼ同じ文言となっている。もちろん、既得権が所有権に限定されているわけではない。所有（権）の概念の基底的観念が、既得権の概念に影響しているのである。ただ、フランス法における« *propriété* »の概念をめぐることは多様な理解があり、多義的もであった。所有を権利の側面から捉える見解や、その対象としての物の側面から捉える見解などである。何れにしても、所有（権）の概念との同視ということは、既得権論の分析にとって極めて重要である。では、メイエにおいて、どのような意味で所有権的に理解されたのかということ、「取消不可能性」が本質的要素であるとされた。

「既得ではない権利の真正の証、特徴とは、取消可能性（*révocabilité*）であり、それも、明示的に約定されたか黙示的に推定される解除条件に因るものではなく、一方当事者の意思に依存する取消可能性である。」<sup>(438)</sup>

このように、排他性をもって既得権の徴表であるとされ、他者の意思によってはもはや取消され得なくなった権利のみが既得権であると解されたのである。然るに、「一方当事者がその意思で取消することができないにもかかわらず、なぜ、立法者であれば権利の取消を命じ得るのであろうか」<sup>(439)</sup>。こうして、メイエは、他者の意思による取消が不可能という意味で既得となった権利であれば、期限の定めがあったとしても、停止条件や解除条件といった不確実な条件に係らしめられていても、新法はこれを規律し得ないというのが原則であると解した。そして、公益の観点から法律がその例外を認めることは可能であるが、その場合でも、「既得権を失う者は補償されなければならない、少なくとも、公益を理由として既得権を剥奪するとの主権者の明文規定がなければならない」<sup>(440)</sup>という制約も課された。

なお、以上におけるメイエの議論については、一つ留意すべきことがある。それは、メイエの体系における第一原則と第二原則の関係である。何れも、新立法に際して生じうる経過問題を解決するための原則として導かれたものではある。だが、先に引用したとおり、

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p. 16

<sup>439</sup> *Ibid.*

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 10.

メイエにおいて、法律の不遡及原則は行為の形式（第一原則）についてのみ妥当するとされており、新旧法にまたがる権利（行為の実体）に関する既得権の不可侵（第二原則）は、法律不遡及とは「異なる原則」<sup>441)</sup>という位置づけであった。

それにもかかわらず、その後の学説は、メイエを参照しつつも、民法典2条の註釈において既得権論を不遡及原則に取り込むこととなる。

## 第二項 既得権論の成立

### 1. メルランの既得権論

遡及効とは既得権の侵害であるとする既得権論を明確かつ体系的に打ち立てたのは、メルラン・ドゥ・ドゥエの『法学辞典』第5版（1828年）であった<sup>442)</sup>。メルランの議論は、一般論な部分に限ると、①遡及立法は可能か否か、②遡及するとの明文規定がない場合における法律の適用範囲はどこまで及ぶのか、に分かれる。

ただ、①については、民法典の制定過程で説明されたことが確認されるにとどまる。メルランによれば、2条の立法趣旨は司法官に対して法律適用の原則を示すことであって、立法者を拘束しようとするものではない。また、遡及立法は「確かに社会秩序の根本的規範に違反してはいるが、しかし、立法者の上に、かかる違反を罰することのできる権力は存在しない」。そのため、裁判官としては、どのような法律であっても適用義務があり、遡及効を理由にして遡及立法の適用を拒めることはできない。遡及させるか否かは、「立法者が唯一の判定者なのである」<sup>443)</sup>。

メルランの考察で注目されるのは、②の問題、すなわち、法律に遡及効を付与する明文規定がない場合に、公布より前に生じたことや公布時においてなお存在していることに対して当該法律を適用し得るのか否かの問題についてである。明文規定がない場合において初めて、民法典2条は意味を持つこととなる。だが、そうした場合に、ある法律・条文を何らかの対象に適用することが遡及であるか否かは、どのように判断すればよいのだろうか。

この点、前述のとおり、すでに既得権論が主張されることはあったが、そうした論者は、ローマ法を参照しつつ、あるいは個別分野での解決例を一般化することで、直ちに〈遡及

<sup>441)</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>442)</sup> MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., T. V, Garnery, 1828, pp. 533-606.

MERLIN (Philippe-Antoine) (1754-1838)は、同じくフランスの政治家（国民公会議員）であるメルラン・ドゥ・ティオンヴィル（Antoine MERLIN, dit MERLIN DE THIONVILLE）と区別するため、メルラン・ドゥ・ドゥエ（MERLIN DE DOUAI）と呼ばれる。弁護士、憲法制定国民議会議員・国民公会議員。1801年から1815年まで破毀院の初代検事長（procureur général）を務め、破毀院判例の形成に大きな影響を及ぼした。また、ギヨ（Joseph-Nicolas GUYOT, 1728-1816）の『法学辞典』（*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1<sup>er</sup> éd., J. Dorez, 1775-1783, 64 vol. ; 2<sup>e</sup> éd., Visse, 1784-1785, 17 vol.）を受け継ぎ、その改訂を行った。1807-1809年に第3版（13 vol.）、1812-1816年に第4版、1825年に第4版の増補版（*Supplément*）（3 vol.）、1827-1828年に最終となる第5版（18 vol.）が公刊された。

なお、ギヨが編集していた初版における法律の時間的効力についての記述（1<sup>er</sup> éd., T. 37, pp. 281-283）は、ドマの『民事的諸法律』の関連箇所（Livre I, Titre I, Sect. I, §§ 13-15）とほぼ全く同一であった。

<sup>443)</sup> *Ibid.*, p. 535.

効＝既得権侵害」との定式を導いていた。メルランもまた、第4版（1813年）においては既得権に言及するものの、殆ど文献引用にとどまっていた。だが、第5版（1828年）では議論が深められ、特に法律上の遡及とは何であるのかの考察が中心に据えられることとなった<sup>(444)</sup>。この間の記述の変化については、第5版の該当箇所には学説の検討も文献の参照もないので、いかなる動機によるものなのかは定かでない。ただ、個別問題の検討箇所においてであるが、「奥深いがおそらく観念論に過ぎる遡及効についての論文」<sup>(445)</sup>と評しつつもブロンドーが参照されており、また、シャボ・ドウ・ラリエやメイエの著作も参照された。

では、法律上の遡及とは何であるのか。メルランは、遡及の判定基準として二つの条件を提示した。

「民法典の意味における遡及が存在するには、二つの条件が重なり合うのでなければならないということとで十分である。第一に、法律が過去を見直し、過去を変えること。第二に、法律が過去を見直し、その規定の対象者に対して不利益に過去を変えること。」<sup>(446)</sup>

この遡及の二条件は、不遡及原則の根拠の観点から導かれたことには注意を要する。メルランによれば、不遡及原則は、「社会の成員に対して、立法者の気まぐれからの保護を与えるため、立法者が個人の安全（*sûreté*）を犯し、ただ単に発生時においては禁止されていなかったという意味で許容されていた昨日の事実に基づき、今日になって処罰されることを防ぐため、立法者が個人の財産（*propriété*）を侵害し、前法の下で個人が取得した財物（*bien*）や権利を奪うことを防ぐため」<sup>(447)</sup>に打ち立てられたものとされる。こうした根拠に基づく不遡及原則によって禁止されるべき遡及の意味が、ここでは問われている。したがって、ここでの遡及は、すでに一定の価値的評価をともなっており、純粹に形式論理的意味における遡及ではないと言えよう。

さて、遡及の判定基準として提示された上記の二条件であるが、メルランは、これをさらに明確化するために、 $\alpha$ ）法律における過去とは何であるのか、 $\beta$ ）名宛人に対する不利益とは何であるのか、について議論を進める。

まず、法律における過去については、過ぎ去った事物（*choses passées*）と未決の事物（*choses en suspens*）が区別される。

「法律からすると、もはや未決ではないものだけを過去と見なすことができる。したがって、法律は無条件で（*purement et simplement*）規定しており、そのため過去はその影響を免れる場合であって

<sup>444</sup> MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd., T. VII, Garnery, 1813, p. 554. 第4版では、「法律」（Loi）という項目の一部として不遡及原則が取り上げられるにとどまる（§. IX, pp. 552-556）。第5版では、「遡及効」（Effet rétroactif）が独立した項目立てとなり、とりわけ個別分野の問題についての解説が著しく詳細になった。そこでは、多くの判例とともに、CHABOT DE L'ALLIER の前掲書（*Questions transitoires sur le Code Napoléon*）が頻繁に参照されている。

<sup>445</sup> MERLIN, *op.cit.*, 5<sup>e</sup> éd., T. V, p. 557. また、578 頁でも参照されている。

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 536.

も、なお未決であるものに対しては法律が及ぶことになる。」<sup>(448)</sup>

次に、過去の事物に変化をもたらすことで第一条件を満たすとしても、これに加えて第二条件として、それが名宛人に対して不利益でなければ遡及とは認められない。この不利益性の基準を明らかにしようとする際には、特に、不遡及原則の根拠が重要になってくる。これについては、「個人が現実取得した権利に対する立法者の気まぐれによる侵害を免れさせるためにのみ、法律の不遡及原則は打ち立てられたのである」と要約的に述べられており、こうして、過去の不利益変更の基準として既得権の概念が導入された。そして、メルランの所説の中で、これ以後の論者によって引用され続けることになるのが、この既得権の定義である。

「既得権とは、自身の資産となった権利、資産の一部をなしている権利であり、それを付与した者もはや奪うことのできない権利である (Les droits acquis sont donc ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons)。」<sup>(449)</sup>

メルランにとっての「資産」は「物の所有 (propriété d'une chose)」と同義であり<sup>(450)</sup>、所有 (propriété) とは「物がある者に固有である (en propre) とするための媒介たる権利」である<sup>(451)</sup>。したがって、例えば、契約から直ちに生じる権利や開始された相続に関する権利については、債権や相続権が債権者・相続人の所有となり、その意味でそれらの者の資産になったと認められるため、既得権とされる。これに対して、能力 (faculté) のように純粋に裁量的な権能については、行使されることでその対象が自身の所有とならない限り、既得権ではない。

ここから分かるように、既得権の概念は、所有権の観念を基底としている。観念的に自身の所有になったと見なされる場合、既得権となるのである。そして、自身の所有物であるからこそ、所有権に類似の性質 (絶対性) が認められ、所有者の意思のみに服し、立法者を含めて他者によっては奪われ得ないという性質が帰結されるのである。こうした所有権的構成により、取消不可能性をその要素として既得権の概念を定義することは、先行学説であるシャボ・ドゥ・ラリエとメイエの所説を参考にしたものと思われる。ただ、メルランには独自性もある。既得権論を、経過問題の解決原則としていたシャボとは異なり、また、不遡及原則とは別個に位置づけていたメイエとも異なり、法律の不遡及原則を規定する民法典2条の解釈理論 (遡及効の指標) として提示したのである。つまり、法律の時間的効力に関する一般理論としての位置づけを与えたのである。

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 536. ただ、未決か否かの基準は提示されず、具体例が幾つか示されただけであった。例えば、婚姻年齢を引き上げる法律であれば、それ以前に婚姻適齢期に達しており、かつ、その能力を行使した (婚姻した) 場合は、もはや未決ではなく、婚姻という過去の事実を覆すことはできないとされる。

<sup>449</sup> *Ibid.*, p. 537.

<sup>450</sup> MERLIN, *op.cit.*, 5<sup>e</sup> éd., T. IV, p. 729.

<sup>451</sup> MERLIN, *op.cit.*, 5<sup>e</sup> éd., T. XIII, p. 488.

ところで、債権・相続権、能力を行使した結果などが取消されうるか否かについては、それぞれ固有の実体法規定があるため、まずは、個別法の仕組みを踏まえた解釈問題となる。その限りでは、既得権の有無は実定法解釈の結果を表すものでしかない。だが、利害関係者が取消しえないとしても、そのことが当然に新法の効力を限界づける（すなわち、明文規定がない限り新法は適用されない）ことにはならないであろう。既得権論は、取消不可能性を基準にして一定の権利を既得権であると性質づけ、かつ、法律が既得権を害するとすれば遡及効があると解することによって、法律の不遡及原則を規定している民法典2条の適用を導き、その結果として、明文規定がない限り新法の効力は既得権には及ばないことを正当化しようとしたのである<sup>(452)</sup>。

また、法律によって付与された能力のように、実定法には取消可能性について必ず定めがあるわけではない。その場合には、独自の解釈問題となることがある。この点、メルランによれば、立法者は能力を与えることで何かを許容するとしても、契約するわけではなく、義務を負うことはないため、個人によって行使される前であれば、いつでも法改正によって奪い得るとされる。ここでは、取消可能性の判断のために、法制度の趣旨目的が考慮されているように思われる。

さらに、取消可能性の要素は、期待（expectative）の尊重が問題となる場合には、特に重要である。すなわち、「過ぎ去った事実あるいは事物の現在の状態に基づき、権利をそれが認められることとなった場合には享受することへの希望」は新法との関係で尊重されるのかについても、メルランは、「そうした希望は既得権をなすのか」という問題として論じるからである。

期待に関しては、ブロンドーがその尊重を強調した一方で、シャボ・ドゥ・ラリエは、取消されうる権利は「単なる期待」に過ぎず既得権ではないと解していた。これに対して、メルランは、事実の性質や事物の状態の性質によって判断すべきと解した。すなわち、他者の意向あるいは法律の存在を前提とする期待にとどまる限り、他者は翻意するかもしれない、法律は常に改正され得ることから、つまり取消されうる行為に基づくものであるため、既得権ではない。だが、例えば契約や遺言（遺言者はすでに死亡）に条件が付されているため権利はいまだ現実には生じていない場合でも、それについての期待を抱いている者には、既得権が認められるとされる。

## 2. 学説への普及

メルランによって既得権論が明確な形で提示されて以降、それは学説に広く浸透していった<sup>(453)</sup>。その一方で、19世紀前半の時期、ブロンドーの期待論や期待の強弱を判断する

<sup>452</sup> 昨今において、「こうした所有権との同視が、既得権の不可侵性を正当化する」と指摘するものとして、参照、A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 386.

<sup>453</sup> Frédéric TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. I, Delhomme, 1840, pp. 61-67 ; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., C. Thorel et E. Guilbert, 1844, pp. 30-48 (1<sup>er</sup> éd., 1825) ; William BELIME, *Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit*, T. I, Joubert, 1843, pp. 475-479 (2<sup>e</sup> éd., 1856)（訳書として、ベリーム（井上正一訳）『仏国法理論』全二編（1883-1884年）があ



ための衡量論が支持されることはなかった。ブロンドーを取り上げるとしても、「効用 (utilité) は多様に理解され得る」、「最大多数の効用のためであるからといって、個人に対して法律を遡及させることが不正とはなり得ないということが明白なわけではない」、というように批判された<sup>(454)</sup>。ブロンドーの理論は法論理というよりも立法論の側面が強く、観念論に過ぎるとメルランによって評されたように、実定法解釈学としては支持されなかったのである。

もっとも、法律の時間的効力の限界として既得権を基準とする理論が一般的には受け入れられたとはいえ、その有無の判定が容易ではないことは早くから意識されていた。メルランは、法律が過去を不利益に変更することをもって遡及であると解したが、そもそも、法律における過去を画定すること自体が難問なのである。ある指摘によれば、「過去とは何であるのか、未来とは何であるのか。二つの時期は、常に一方か他方に完全に分かれるものではなく、時には、密接に結びつくこともある。その場合、旧法と現行法の作用をどのように場合分けすればよいのであろうか」<sup>(455)</sup>。

そこで、1845 年までの学説は、民法典 2 条の註釈において、既得権論に依拠してはいるものの、一般論は殆ど展開せず、個別分野ごとの具体的問題を検討することによって原則の外延を明確化しようとした。例えば、デュラントンは、人の能力、財産の処分任意分 (quotité)、法律上の権利、法行為の効果、執行方法、証明方法、行為の形式、時効、裁判手続、刑罰というように分説しており、その一方で、一般論としては、「新法は、遡及効を有するものではないので、前法の下で取得された権利を侵害してはならない」<sup>(456)</sup> と述べるだけであった。

### 3. メレール・ドゥ・シャサの理論的分析

メルラン以後の 19 世紀前半においても、理論的関心が失われたわけではない。おそらく唯一と思われるが、1830 年代には、パリの弁護士であるメレール・ドゥ・シャサが、メルランの所説を頻繁に参照しつつ既得権論の理論的分析を行った。実は、メルランは既得権の定義と若干の指標を示しはしたが、断言的であって、概念を理論的に精製してはいなかった。メレール・ドゥ・シャサ自身はその主観的意図を述べていないが、この課題に取り組んだものと考えられる。そして、既得権に関する学説・判例を次のように総括したことが注目される。

「そうした権利は、常に既成事実 (faits accomplis ou consommés) の結果である。法律によって直接与えられた権利でも、そこにはその目的を実現するための事実が結びついており、既得権の原因に

---

る。遡及効については、第一編 675 頁以下) ; Victor-Napoléon MARCADÉ, *Éléments du droit civil français*, T. I, 2<sup>e</sup> éd., Cotillon, 1844, pp. 29-48 (1<sup>er</sup> éd., 1842 ; 5<sup>e</sup> éd., 1858-1859, sous le titre *Explication théorique et pratique du Code civil*, par Paul PONT ; 8<sup>e</sup> éd., 1884).

<sup>454</sup> W. BELIME, *op. cit.*, p. 476. ベリームはディジョン大学教授。

<sup>455</sup> F. TAULIER, *op. cit.*, p. 61. トリエ (1806-1861) は、弁護士であるとともに、1838 年からグルノーブル大学教授、1845-1848 年および 1849-1851 年にはグルノーブル市長を務めた。

<sup>456</sup> A. DURANTON, *op. cit.*, p. 32.

なることはある。例えば、相続財産は、個人の死亡の結果として、遺言あるいは専ら法律にしたがい、他の個人へと移る。ただ、一般的には、明示的ないし黙示的な私的契約条項に基づく事実 (le fait résultant de stipulations privées) が、後法からの影響を免れる既得権を最も確実に生じさせるのである。」<sup>(457)</sup>

ここでの事実とは、物理的な事実には限られない。メレール・ドゥ・シャサによれば、既得権とは、「個人に対する財産 (propriété) の確定的な形成ないし変動が生じた場合」にのみ認められる<sup>(458)</sup>。したがって、既得権を生じさせ得る事実とは、財産の形成・変動の事実を指している。そして、こうした分析によれば、既得権論の枠組みにおいて検討すべきことは、財産を形成・変動させる事実は何であるのか、そうした事実が完成する (consommé となる) のはいつなのか、であるとされる。

もう一つ注目されるのは、メレール・ドゥ・シャサが、既得権論の議論枠組みの難点を指摘したことである。

「契約条項に基づく権利ないし能力 (facultés) は個人的利益のみに限られているが、法律によって付与された能力は社会秩序全体に及び得るのであり、両者には何ら共通点がない。」<sup>(459)</sup>

ここには、法律上の能力についてメルランが契約上の権利と同じ土俵において論じていたこと (両者ともに取消可能性の有無が検討されたこと) への疑問があった。例えば、成年年齢の引き上げにより成年であった者が未成年になってしまうこと (その逆もあり得る) について、結論としてはどの論者も許されると解するのだが、問題はその理由である。なぜ、能力それ自体は既得権ではないのか。この点、メレール・ドゥ・シャサは、既得権を生じさせる原因には法律と契約とがあるところ、両者には共通点がなく、むしろ、何れであるかに応じて妥当する理論が異なると考えた。基本的な相違は、契約に基づく場合には契約時点から既得権が生じるが、法律に基づく場合には、法律所定の事実が完成しなければ既得権は生じないという点にある。そのため、既得権論によれば、法律によって何らかの能力が認められているとしても、既得権となっていない限りは新法によって不利益を被ることもあり得るのである。

こうして、メレール・ドゥ・シャサは、法律によって個人に何かしらが認められていることをそれ自体を分析対象とすべき必要性を見出した。議論対象は私法に限らず公法も含まれている。そのため、この点については、公法における既得権を検討する際に再び取り上げることとする<sup>(460)</sup>。

<sup>457</sup> Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, T. I, Nève et Videcoq, 1832, p. 174.

<sup>458</sup> A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Nouvelle éd., Videcoq, 1836, Partie supplémentaire, p. 8. 『法律解釈論』(1<sup>er</sup> éd., 1822, 2<sup>e</sup> éd., 1825)の新版は、旧版に幾つかの付録を加えたものである。その中の「遡及効について」は、前注書の概要となっているが、若干の新たな補足も加えられている。

<sup>459</sup> A. MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, op. cit., p. 160.

<sup>460</sup> 第四章第二節第一款第一項を参照。

### 第三項 既得権論と期待論

メルランの既得権論に対しては細部につき疑問が呈されることがあったものの、その議論枠組みや既得権の概念そのものは広く支持され、学説に浸透していった。既得権論が、法の時間的効力をめぐる議論の土台を築いたのである。だが、共通の土台に立ちつつも、1840年代になると、ある変化が生じる。幾つかの代表的な論者が、当初は受け入れられなかったブロンドーの期待論から示唆を得て、それを既得権論の中に取り込んだり、メルランの所説を批判したのである。以下では、そうした論者として、ヴァレット、デュヴェルジェ、ドゥモロンブを取り上げる。

#### 1. 期待論の影響——ヴァレット

ブロンドーの期待論は、30年以上を経過した後、フランスでは初めて肯定的に受け止められることとなる。それは1842年、ヴァレットをもって嚆矢とする。既得権とは何であるのかを問うたヴァレットの関心は、法律の時間的効力をめぐる問題一般にまで向けられてた。

「立法者にとって新法は旧法より良いものであると必ず考えられており、旧法の誤りや不完全さを改善するために制定される。したがって、新法には最も完全な効果を与えるべきであり、その適用においても、旧法にしたがって遂行された事実（faits accomplis）から生じる結果を改めるべきことになろう。もっとも、個人が実現すると当然に予測したことについての非常に強い期待（*attentes très-fortes*）を害することで社会に混乱を生み出してしまうならば、である。そうした虞がありさえすれば、かかる性質の期待を尊重すべきことになる。」<sup>(461)</sup>

こうして、新法の適用を免れるのは、「非常に強い期待」に限られる。何らかの不利益が生じるとしても、それが「非常に弱い期待の喪失」でしかない場合には、新法を適用すべきとされる。例えば、時効が進行中の者の期待のように、「他者の意思によって損なわれうるものは、非常に弱い期待とみなされる」。ヴァレットは学説のいわゆる既得権とは非常に強力な期待のことであると述べているが、確かに、他者の意思によって左右されるか否かで期待の強弱が変わるのだとすれば、ここでは既得権論と実質的には同じことが説かれている。もっとも、この判定基準は一例に過ぎず、非常に強い期待と非常に弱い期待の間には多くのニュアンスがあり、強弱を明らかにすることは困難であるとも述べられている。そして、その詳細についてはブロンドーの論文を参照するよう求めたのであった。

#### 2. メルランに対する批判——デュヴェルジェ

<sup>461</sup> Jean-Baptiste-Victor PROUDHON et Auguste VALETTE, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd., Victor Lagier, 1842, p. 22.

ヴァレットにおいては説明の相違にとどまっていたが、しかし、期待論を取り入れることは、既得権論を再検討する契機ともなり得る。デュヴェルジエの1845年の論文「法律の不遡及効について」<sup>(462)</sup>は、そうした試みとして位置づけられる。

もっとも、デュヴェルジエは理論構築を目的とはしていなかった。最も重要なのは立法者意思を探求することであり、それが明示されていない場合には、法律規定の性質、規定の対象分野、旧規定との関係、法律制定の前後の事情から判断すべきと考えた。理論は、この作業に資するためにこそ意味があるというのである<sup>(463)</sup>。こうした観点から学説の批判的検討がなされたが、その主要な対象はメルランの既得権論であった。とりわけ重要と思われるのは、既得権と期待との区別に関してである。

デュヴェルジエによれば、「既得権とは、現実的に行使され得る権利、すなわち、侵略を受けた場合であれば第三者による侵害から守るために、抵抗された場合であれば第三者に屈せず完全な展開を保障するために、公権力が保護しなければならない権利である。これに対して、期待 (expectatives) とは、権利の萌芽でしかなく、権利が展開するためにはその後の出来事との接触が必要である」。

この定義は断言的に提示された。特に、既得権の概念については不可取消性の要素が除かれており、メルランの定義とは大きく異なっているが、特に説明はなされなかった。ただ、注目されるのは、デュヴェルジエの定義が、既得権と期待について二重の相違があることを示そうとしている点である。すなわち、第一に、「一方はその効力を専ら過去から引き出すが、他方は将来によって豊かになるべきものである」。第二に、「権利は直ちに行使できるが、期待は現在においては実現し得ない」。つまり、既得権とは、過去（すなわち新法以前の事実）に基づき現在において実現しうる権利であり<sup>(464)</sup>、期待とは、将来において実現するかもしれない権利（の見込み）なのである。こうした区別の下で、いわば必然的に、法律は既得権を奪うことはできないが、期待に対しては影響を及ぼし得ると解された<sup>(465)</sup>。

このようにして既得権とは区別される期待について、デュヴェルジエは、さらに検討を続ける。というのも、期待は、新法以後の将来的事実によって権利が生じることへの見通しであるとしても、過去と無関係ではない。新法との関係で、それ以前の過去の何らかの事情に基づき期待は生じたのかもしれない。そこで、デュヴェルジエは、期待を有するにとどまる場合であっても、「自らが抱いた展望 (perspective) は法改正によっても何ら変わらないということに対して当初から有していた利益の程度 (degré d'intérêt) に応じて」、新法の適用が排除されることがあり得ると考えた。期待に対する「利益の程度」によっては、期

<sup>462</sup> Jean-Baptiste DUVERGIER, « De l'effet rétroactif des lois », *Revue de droit français et étranger*, 1845, pp. 1-30 et 91-132. なお、デュヴェルジエはトゥリエの著書を引き継いで改訂をしたが（原文は維持、脚注で増補）、そこには、この論文の全文がそのまま掲載されている (Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER et Jean-Baptiste DUVERGIER, *Le droit civil français*, Vol. I, 6<sup>e</sup> éd., F. Cotillon, 1846, n° 81, pp. 51-89)。そのため、この論文は、改訂作業の一部を先行して公表したもののなのであろう。

<sup>463</sup> J.-B. DUVERGIER, *article préc.*, p. 4.

<sup>464</sup> なお、条件や期限が付された権利であっても既得権であることに変わりはない（この点につき学説は一致）。デュヴェルジエは、権利が条件に服するとしても、条件が成就すれば権利が遡及的に認められることから、既得権すなわち現実的に行使し得る権利であると説明する。

<sup>465</sup> J.-B. DUVERGIER, *article préc.*, pp. 96-97.

待が保護されるべきというのである。

そして、その評価の際には、期待の発生原因について区別すべきとされる。すなわち、「法律の規定のみや第三者の行為が原因となった期待 (*attente*) よりも、人の意思それ自体から発せられた行為あるいは人の意思の働きかけがあった行為によって生じた期待は維持されるべきである」<sup>(466)</sup>。なお、この区別は、人の地位 (*état des personnes*) (例えば、国籍、夫婦、養子、子など) についても妥当するとされている。意思的行為によって与えられた資格 (*qualité*)、意思的行為の地位に関する帰結については新法によって奪われることはない。これに対して、無意思的な事実から生じた資格 (例えば、成年、禁治産者、婚姻適齢など) は新法によって奪われ得るものであり、ただ、当該資格の下での既遂行為のみ尊重される<sup>(467)</sup>。

ここでの説示は、メルランが期待に関して述べていたことと結論的には殆ど同じではある。メルランも、契約や遺言 (遺言者はすでに死亡) が条件に服するため未だ権利が現実的に生じていない場合であっても、新法から保護されるべきであると解していた。ただ、そうした場合には既得権が認められるとされた。それとは区別される期待についての要保護性は問われておらず、期待にとどまる限りは新法によって覆され得ることに変わりはない。これに対して、デュヴェルジエは、期待それ自体について、既得権には該当しないとしても保護すべき場合があり得ると考えた。確かに、メルランとデュヴェルジエでは既得権の定義が異なっており、しかも、結論だけを見れば両者に違いはないのかもしれない。だが、デュヴェルジエは、主にメルランの所説を念頭において、「各解決を認めるとしても、それらの間には結びつきが見られない」ことを問題視して、理論・概念の批判的分析とその明確化を試みたのである。期待の概念も、そうした試みの一つであったと思われる。

では、既得権には該当しない期待の中で、なぜ、人の意思行為から生じた期待のみ保護すべきなのか。このことを考えるにあたっては、明示的に参照されたわけではないが、ブロンドーの期待論から示唆を得たのだと思われる。実際、この文脈では「期待 (*attente*)」について語られており、しかも、それを保護すべき理由を次のように述べている。

「一定の正当な期待 (*attentes légitimes*) を尊重すべきとする理論を根拠づけるのは、次のような単純かつ正当な観念である。すなわち、ある者に期待が生じたとき、その者は未来に視線を向けており、これこれの出来事が生じ、自身の置かれている状況を考えるとそれがこれこれの結果をもたらすであろうと考えたのである。そうした結果のためにのみ行動したのであり、どのような法改正がなされようとも、結果が確保されることを望んだのである。要するに、人は、将来一定の利益が得られるとの見通しがなければ、自身のなした行為には関与しなかったことであろう。こうした見込みをひっくり返したり、予想を狂わせようとする者などおらず、それ故、新法に対してあらゆる影響力を認めないのである。」<sup>(468)</sup>

<sup>466</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>467</sup> *Ibid.*, pp. 7-10.

<sup>468</sup> *Ibid.*, p. 98.

ただし、ここでは期待を語っていながらも、その意味合いはブロンドーやベンタムとは異なっている。デュヴェルジエにとって、「将来一定の利益が得られるとの見通し」それ自体が尊重に値するわけではない。見通しに基づき行為がなされた場合に初めて、期待を保護すべきとされる。その理由は明確には述べられていない。この点については、おそらく、法律規定や第三者の行為から生じた期待は「偶然の出来事」に依存しており、実現しなくとも損失は少ないが、意思的行為に基づく期待は「個人の努力の成果」である<sup>(469)</sup>、という認識が関係していると思われる。

### 3. 註釈学派による受容——ドゥモロンブ

デュヴェルジエが論文を公表した1845年は、ドゥモロンブが註釈書の公刊を開始した年でもあった。そこでは、民法典2条について、これまでの学説の集大成と評しうる註釈が施されたのだが、それだけではない。何よりも、メルランとともに、ブロンドーおよびヴァレットが参考文献に掲げられており、既得権論の枠組みに期待論が取り入れられたことが注目されるのである<sup>(470)</sup>。

ドゥモロンブによれば、「法律が遡及するとすれば、原理において非論理的であり、結果において悲惨であろう」と述べられており、不遡及原則は二側面から根拠づけられる。すなわち、「法律は周知される前に義務的とはなり得ないため（民法典1条）、過去の行為や既成事実に対して命令・禁止・許容することは当然不可能であるため、非論理的である。とりわけ、そうすることにより、社会は最も嘆かわしい不安定、最も恐ろしい専制に陥ってしまうため、また、市民や家族の最も貴重で神聖な諸利益には何らの基礎・保護もなくなってしまうため、悲惨である」<sup>(471)</sup>。

もちろん、問題は、原則の具体的適用が困難なことにある。だが、これに応える学問的試みについて、ドゥモロンブは、次のように述べて警鐘を鳴らした。

「〔新旧法の時間的適用範囲について、〕学問は、常に確固とした適用指針のような不変の準則をもたらし得るのであろうか。そのように望むことは、無謀であるように思われる。というのも、ここでの原則は、あらゆる立法に及んでいく。あらゆる法分野に関係しており、そのため、その都度、それぞれにおいて妥当する特別な固有の原理からの影響を様々に受けるのである」。したがって、法律不遡及の理論とは、「評価の問題なのであり、それは、対立する公益と私益それぞれの長所と短所とを各場合ごとに絶えず比較することである。」<sup>(472)</sup>

<sup>469</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

<sup>470</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. I, édition originale revue par l'auteur, Bruxelles, Decq, 1847, pp. 38-78. フランスで1845年に出版された初版は参照できなかったため、ベルギーで出版されたものを参照した。内容的に修正はない。なお、その後の改訂（1854年の第二版のみ題名が *Cours de Code Napoléon* に変更）では、2条に関する限り、参考文献・判例が加えられて若干書き加えられたのみで、内容に変更はない。

<sup>471</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>472</sup> *Ibid.*, pp. 41 et 42.

こうして原則それ自体の複雑性が意識されたことは、非常に重要であった。デュヴェルジエはメルランの所説における具体的解決には一貫性がないとの指摘をしていたことは既述のとおりだが、これと同じ時期に、ドゥモロンブも、同じような認識を共有していたのであろう。そして、やはり同じく、ブロンドーの影響が垣間みられる。それは、衡量論の意義が再確認されたことである。その立場は、当然、民法典2条の解釈に対して投射される。不遡及原則が確固とした不変の準則には依り得ないことを2条は前提としているはずであり、「非常に広範で複雑な主題の割にはそっけない本条の簡潔さは、まさに、そうしたことに起因している」とドゥモロンブは了解したのである。

公益と私益の衡量が求められると述べるとき、ドゥモロンブの意図は、私益のみでなく「社会の一般利益」を考慮することの重要性を指摘しようとするのであった。すなわち、「それは法律が改正・改良され得よう要請するのであり、したがって、新法は、必然的により良いものと推定されることから、できるだけ早く、できるだけ広範に旧法と置き換わることが求められ、その欠陥は新法によって改められるのである」<sup>(473)</sup>。ここで、「新法は必然的により良いものと推定される」という認識、そのため新法は広く適用されるべきという評価については、明示的参照こそないが、ヴァレットに倣ったはずである。

だが、ドゥモロンブにあっては、そうした公益の要請といえども一つの考慮要素なのであって、これには私益の保護が対峙しうることから、適切な衡量によって調和を図る必要があるとされる。この点、不変の準則はあり得ないとしても、裸の利益衡量が主張されたわけではない。衡量のあり方については、期待を軸にした一般的指標が示された。

「過去の事実の帰結に対して新法を適用しても何の侵害も生じさせず、または、弱い期待 (*faibles attentes*)、漠然とした期待 (*vagues expectatives*) を奪うだけであれば、新法を適用しなければならない。この場合、一方で、私益の現実的で深刻な侵害・毀損はなく、したがって他方で、社会には何らの動揺・無秩序もない。〔中略〕。

これに対して、新法の適用により個人が強く信頼したはずの結果が変わってしまったり失われてしまうのであれば、新法を適用してはならない。そうした反作用、過去の逆転は私益に対する深刻かつ不公平な侵害であり、したがって、社会には混乱・無秩序が生じてしまう。新法をこのように適用してしまうと、善よりも悪を多くもたらしてしまうであろう。」<sup>(474)</sup>

このように、公益と私益の衡量は、それら自体の優劣の比較とはなっていない。すなわち、新法がどれ程良いもので必要とされているか（逆にいえば旧法の欠陥が大きい）や、個人の権利利益の重要性といったことを衡量してはいない。考慮すべきは、新法によって失われ得る個人の期待の強弱なのである。ここでも、ヴァレットの所説が踏襲されたのであった。

さらに、ドゥモロンブにおいても、「個人が強く信頼したはずの結果」はいわゆる既得権

<sup>473</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>474</sup> *Ibid.*, pp. 42 et 43.

に対応するとされ、既得権論は維持された。期待の強弱はその原因と相関関係にあると考えられるが、既得権は、強い期待を基礎づけ得るものなのであろう。既得権については、「正式に自身のものとなった権利、自身に与えられ、割り当てられた権利であり、第三者が奪うことのできないもの」<sup>(475)</sup>と定義したが、これはメルランの定義と殆ど同じであり、おそらく学説一般の理解を示したに過ぎない。その上で、ドゥモロンブは自説を控えめに提示したのであった。

「一般論としては、次のように言うこともできると考えられる。すなわち、旧法下において事実が完結した場合、当該事実が発生源、直接かつ実効的な原因であったその帰結は、とりわけ、既得権といわれるものを生じさせる。」<sup>(476)</sup>

以上のとおり、ドゥモロンブは、期待論・衡量論を取り入れることで、メルランとは異なる論理によって既得権論を導き、基礎づけた。ただ、それが成功しているのかと問うならば、各論者（ブロンドー、メルラン、ヴァレット）の所説の継ぎはぎの感は否めないようにも思われる。

## 第二款のまとめ

これまで見てきたように、法律の不遡及原則を規定している民法典2条に関して、19世紀初頭のフランスの古典学説においては、遡及効の有無を判定するために、既得権の概念が用いられた。ここに、〈遡及効＝既得権侵害〉、したがって、〈不遡及原則＝既得権不可侵の原則〉であるとする（古典的な）既得権論が成立したのである（もちろん、民法典2条は立法権を拘束するものではないので遡及立法は可能であり、専ら、明文規定がない限りは新法の効力が既得権には及ばないということである）。

そこでは、既得権の概念が所有権的に構成された。例えばメルランは、既得権を、「自身の資産となった権利、資産の一部をなしている権利であり、それを付与した者がもはや奪うことのできない権利」と定義した。既得権には、一定の権利に対する所有（権）を観念することによって、所有者の意思のみに服し、立法者を含めて他者によっては奪われ得ないという性質が認められるのである。その結果、法律の時間的効力に関する具体的問題を検討するにあたっては、實際上、当該法律によって影響を受けうる権利がその時点では既に取消不可能になっていると評価できるか否かが重要な基準とされたのであった。

しかし、早くも1840年代になると、古典的な既得権論は批判された。デュヴェルジエは、「既得権とは、現実的に行使され得る権利」とであると定義するとともに、既得権ではない

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 43. なお、ドゥモロンブによれば、既得権であるためには、処分・移転・譲渡の可能性は必須ではない。ただ、自身に属するものしか譲渡し得ないことや、また、次々と譲渡の対象となった権利に対して新法を適用すると私益を害してしまい、そのため社会的に深刻な混乱を生じさせてしまうことから、そうした可能性は、既得権を識別するための一つの方法ではあるとされる。

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 44.



としても、人の行為から生じた期待や地位については保護に値すると主張したのである。この時期には、「常に確固とした適用指針のような不変の準則」を求めることは「無謀」であり、法律不遡及の理論とは「評価の問題」であるとドゥモロンブが説いたことに象徴されるように、新法適用の有無をめぐる問題状況の複雑さが改めて意識されたのである。そこで、ヴァレットを嚆矢として、学説では、既得権論に期待論（ないしは衡量論）の発想を取り入れる傾向が見られるようになった。個人が抱いたはずの強い期待については新法から保護すべきである、と解されたのである。言うまでもなく、フランスで期待論を展開したのはブロンドーである（第一款を参照）。

ただ、期待論から引き出された示唆は表面的にとどまり、民法典2条の解釈論となると、既得権論が維持された。保護すべき強い期待が何かというと、それ自体は性質上定義できないであろうが、結局のところ、これまで既得権であるとされてきた場合と実質的には変わらなかった。つまり、説明の仕方の問題に過ぎなかったのではないかと思われる。

### 第三款 既得権論の衰退

ヴァレット、デュヴェルジエ、ドゥモロンブといった論者が不遡及原則について論じてから以後（1845 年以降）の学説には、それらが一定の影響力を及ぼした。議論枠組みについては、ヴァレットを介してブロンドーの期待論を取り入れたドゥモロンブの所説が大きな影響を与えており、保護すべき強い期待として既得権が語られるようになった<sup>(477)</sup>。また、内容的には、既得権の定義（権利の現実的な行使可能性）や「正当な期待」（既得権とは区別される期待に過ぎないとしても、自らの意思行為から生じた期待は保護されるべき）について、デュヴェルジエの所説が一定の支持を得るに至った<sup>(478)</sup>。もっとも、既得権論それ自体は維持されており、法律不遡及の理論に変化をもたらしたわけではない。依然として、既得権の定義をメルランと同じく解する者<sup>(479)</sup>や、既得権論を採りつつも、定義や一般論には触れずに各分野ごとの具体的問題を整理・検討する者<sup>(480)</sup>も少なくなかった。

しかしながら、期待の保護が説かれる一方で、新法は旧法よりも良いとの推定や、公益の考慮が強調されるようになっていた。こうして変化の兆しも現れていた。それには、学説の関心、そしてそれを規定したはずの当時の問題状況が関係していたものと思われる。民法典が制定された当初においては民法典の時間的適用範囲が実際的に問題となっていたが、19 世紀後半を過ぎると、逆に、時代の要請を受けて制定されたはずの新たな法律を前にして、その適用範囲を不遡及原則（民法典 2 条）が狭めてしまいかねない側面に関心が向けられたのである。こうしたことから、19 世紀後半になると、既得権論は衰退へと向かうことになる。まず、不遡及原則を規定する民法典 2 条の註釈でありながら原則と例外を逆転するかなのような見解が現れた（第一項）。また、古典的理論の鍵概念である既得権につい

<sup>477</sup> ドゥモロンブが註釈書を公刊した 1845 年以降の註釈書で、民法典 2 条に関してその所説に大きく依拠しているものとしては、Jacques Marie BOILEUX, *Commentaire sur le Code civil*, T. I, 6<sup>e</sup> éd., Videcoq, 1851, pp. 11-19; Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, T. I, A. Marescq, 1853, pp. 43-48（これには、明治 16 年の邦訳の復刻版として、ムールロン（谷井元次郎訳）『仏国民法覆義第 1 帙・第 1 巻』日本立法資料全集別巻 183（信山社、2000 年）がある）; Jean CHANTAGREL, *Commentaire du Code napoléon*, T. I, Cotillon, 1861, pp. 41-44. 前二者は、内容・表現もとにドゥモロンブと殆ど同じである。なお、ダローズは、権利を保持することの期待と獲得することの期待とを分けて論じている。DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, V<sup>o</sup> « Lois. Chap. 4 – De la rétroactivité des lois » (n<sup>os</sup> 182-384, pp. 97-161), Nouvelle édition, T. 30, 1853, n<sup>os</sup> 199-200.

<sup>478</sup> DALLOZ, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 205; Jean KALINDÉRO, *De la non-rétroactivité des lois*, Marescq, 1864, pp. 26-28 et 32-35; Miltiade C. THÉODOSIADÈS, *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Abel Pilon, 1866, pp. 52-55.

<sup>479</sup> Prosper RAMBAUD, *Code civil par demandes et réponses*, T. I, 1<sup>er</sup> éd., Gustave Retaux, 1868, pp. 22-25; T. I, 2<sup>e</sup> éd., Menard et David, 1872, pp. 24-28（これには、邦訳として、プロスペール・ランボー（和田収蔵訳）『仏国民法問答』（文徳堂、明治 9 年）がある）。

<sup>480</sup> Antoine Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, T. I, Gustave Thorel, 1848, pp. 39-44; Adolphe-Marie DU CAURROY, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, G. Thorel, 1848, pp. 11-13; F. VUILLAUME, *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Cotillon, 1856, pp. 2-4; Jean-Bonaventure-Charles PICOT, *Code Napoléon*, T. I, J.-H. Michou, 1868, pp. 8-10.

19 世紀中葉には、博士号や学士号を取得するために作成されたとされる論文で法律不遡及の問題が扱われているが、そこでも、主要な関心は、各分野の具体的問題に向けられた。Henri DOAT, *De la non rétroactivité des lois*, dissertations pour le doctat, Toulouse, Bonnal et Gibrac, 1856; Amédée GIROD, *De la rétroactivité des lois*, pour obtenir le grade de Licencié en Droit, Genève, Jules-G<sup>me</sup> Fick, 1863.

でも変容が生じた（第二項）。そして、19世紀末に至って、既得権論が根本的に批判され、学説では放棄されることになるのであった（第三項）。

## 第一項 理論枠組みの動揺

### 1. 民法典2条の位置づけ

19世紀のフランス古典学説の傑作と言われ、註釈学派の到達点と目しうる著作に、ストラスブール大学の教授であったオブリーとローによる『フランス民法講義』第四版（1869年）がある<sup>481</sup>。時代的にも、不遡及原則に関しては、古典的な既得権論とそれに対する批判を踏まえて論じうる状況にあった。実際、その所説は、「古典的な既得権学説の帰結」<sup>482</sup>とか、「註釈学派の原理の直接的帰結」<sup>483</sup>と評されることがある。ただ、これまでの学説の集大成という側面は確かにある一方で、法律の不遡及原則の理論枠組みという点では、従来との相違も際立っていた。既得権論を維持しつつも、原則と例外を逆転するかのような位置づけが与えられたのである。また、既得権論それ自体についても、従来と結論が大きく異なるわけではないが、鋭い分析がなされたと言える。

まず、理論枠組みの変容については、民法典2条の位置づけにおいて象徴的に表れている。オブリーとローは、「新法と旧法との抵触について」を扱う項目（§30）の冒頭において、「原則として」という書き出しで、次のように述べたのである。

「原則として、あらゆる新法は、その発布前に既に成立していた法的地位や形成されていた法的関係（situations ou rapports juridiques établies ou formés）にも適用される。この原則は、法律の主権性（souveraineté）および私益に対する公益の優位からの帰結である」。「新法によってもたらされる変化は、旧法の不完全性に対処するためのものであるという意味で、理論上は、改善とみなされるべきである。したがって、社会の利益のためには、新法がすべて即時に完全な適用をうけることが要

<sup>481</sup> Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Cosse, Marchal, 1869, pp. 57-79. 両著者とその著作の紹介、関連する参考文献については、参照、原恵実「フランスにおけるパトリモニア論の原型——オブリー＝ローの理論的分析」法学政治学論究（慶應義塾大学）69号（2006年）357-389頁。

本書は、もともとはドイツ人でハイデルベルク大学の教授であったツァハリエが著したフランス民法典の教科書を、オブリー（1803-1882）とロー（1803-1877）が翻訳したものであった（初版は1839-1846年）。第二版（1843-1846年）では、脚注において説明が加えられた。だが、その後、もともとフランス民法典の構成には従っていなかったその叙述体系は維持しつつ、原著者の了承を得た上で、オブリーとローは原著を大幅に書き換えて自説を取り入れた（第三版は1856-1863年、第四版は1869-1879年）。両者の死後は第六版まで改訂されたが、脚注において法改正の反映や判例が補われたにとどまる。

法律不遡及（§30）に関して、第四版は、第三版（1856年）の記述と殆ど同じであり、第三版と比べて叙述の仕方が数カ所だけ異なるとともに具体例が微増しただけである。そのため、時代的には、第三版出版の年に提示された学説として位置づける方が正確である。学説史的にも、1856年という既にデュヴェルジエの論文とドゥモロンブの注釈書が現れており、第三版では既にこれらが参照されている。ただし、生前の最終版が第四版であり、オブリーとローの学説については一般にこれが参照されるので、以下でも第四版を参照した。

<sup>482</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 113.

<sup>483</sup> Julien BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie – Supplément*, T. II, Sirey, 1925, p. 128.

請されるように思われる。」<sup>(484)</sup>

新法がより良いものと見なされるべきこと、そのため可能な限り早く・広範に適用されるべきことは、19 世紀の中頃以降には既に指摘されてきた。ただ、例えばドゥモロンブにおいて、それは公益の観点からの一考慮要素なのであって、私益との衡量が求められていた。これに対して、オブリーとローにあっては、新法の即時適用が原則であると主張したことが注目される。この点は、第三版での見出しが「新法と旧法との抵触について——法律の遡及の原理および不遡及の法理について (Du principe de la rétroactivité, et de la règle de la non-rétroactivité des lois)」であったことに端的に示されている。第四版では副題が削除されたものの、対応する本文の記述内容に変化は全くない。副題は適切でなかったかもしれないが、その趣旨は、たとえ遡及するとしても新法を適用することが原則である、という点にあったのだと思われる。

もっとも、原則が妥当する範囲については、法分野が幾つか例示されるだけであった<sup>(485)</sup>。もちろん、原則は絶対的ではない。オブリーとローは、それに対立する法理の存在も認めている。それが法律不遡及であり、次の説示から明らかなように、民法典 2 条は原則を制限するものとして位置づけられたのである。

「ただし、身分 (état) や資産 (patrimoine)<sup>(486)</sup> に関して個人が個別的に取得した権利への侵害をもたらし得るものである場合、この原則は、法律不遡及という対立する法理 (règle) に道を譲らなければならない。ナポレオン法典の起草者が 2 条において述べようとしたのが、この法理である。」<sup>(487)</sup>

民法典 2 条の内容については従来の学説と同じく、オブリーとローも、法律不遡及とは既得権の不可侵であると解している。ただ、その際に参照されたのはフランス法学説では

<sup>484</sup> Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *op. cit.*, pp. 57-58 et note 2.

<sup>485</sup> 新法適用の原則が妥当するとされる法分野は、以下のとおり（なお、行為の外的形式に関する法律は、原則の対象外とされる）。①憲法、とくに政治的権利の享有および公務員適性要件に関する法律、②民刑事の裁判組織および管轄に関する法律、③民刑事の訴訟手続に関する法律、④民事上の人の能力に関する法律、⑤他人やその財産管理に対する権限（親子関係、夫婦関係など）に関する法律、⑥強制執行に関する法律。これらは、本文後述のサヴィニーにおける権利の存在・内容に関する法律とは対応していない（ただし、⑤はそこに含まれる）。

<sup>486</sup> オブリーとローの資産（パトリモワヌ）の概念は単に財産を意味するだけではなく、確固とした体系上の位置づけを伴う一つの理論をなしている。これについては、参照、原・前掲「フランスにおけるパトリモワヌ論の原型——オブリー＝ローの理論の分析」。

原論文によれば、パトリモワヌは人の財産の総体を示す概念である。しかも、パトリモワヌは人格の発現であって、人と密接不可分であり、客体との関係における人の人格それ自体である。もっとも、「オブリー＝ローは、パトリモワヌを人格の現れとした上で、パトリモワヌは財産の総体一般ではなく、相続による財産移転を説明するものとして限定した。このように解する背景には次のことが考えられる。すなわち、オブリー＝ローは、債務はその人的性質から移転不可能であることを前提としたが、相続の場面では債務が移転することを説明づけるためにパトリモワヌを用いている。そこで、パトリモワヌの移転と人格の承継とを接合させ、パトリモワヌを承継する者は人格も承継するとして、債務をも負担することが説明されたのである」（381 頁）。こうした体系上の位置づけの説明からすると、法律の不遡及原則との関連では、この概念に独自の意義はないこととなろう。

<sup>487</sup> *Ibid.*, p. 58.

なく、サヴィニーが法律の支配領域の場所的限界および時間的限界を論じた『現代ローマ法体系』第8巻（1849年）であった（オブリーとローはドイツ語の原典を引いているが、1851年にはフランス語の訳書<sup>488</sup>が出版されている）。これを参照することで不遡及法理を根拠づけるとともに、それが既得権の不可侵を内実とするものと理解したのである。このことは、次のように述べられている。

「社会的利益の要請として、法律の権威および市民が法律に対して抱いた信頼は、既に取得した権利が法改正によって変更ないし消滅させられてしまうのではないかという不安のために揺らいではならない。その一方で、道徳的・経済的観点からすると、新法が個人の身分や資産を侵害することによって現状を一変させたり改めてしまうとすれば重大な支障がある。」<sup>489</sup>

以下では、オブリーとローが説いた不遡及法理を分析するに先立ち、サヴィニーの関連する議論を概観しておく。オブリーとローによって参照されただけでなく、参照されなかった部分もあるからである。代表的なドイツ法学説との相違を明確にすることは、フランス法学説の既得権論の分析にとっても有益であると思われる。

## 2. サヴィニーの法律不遡及論

まず、遡及効や既得権の概念について整理しておく。サヴィニーは、法の時間的効力に関して一般に認められている原則には、法律は遡及効を有しないという原則と、法律は既得権を侵害すべきではないという原則があることを前提にして、その正確な意味を問うことで議論を始める。そして、「実際には、何れの原則も、異なった観点から考えられた一つの同じ原則であるに過ぎない」<sup>490</sup>。

そもそもサヴィニーによれば、「遡及ということを、文字どおりの意味で捉えるべきではない。そうした意味からすれば、過去は存在しなかったということになるが、それは不可能なのであって、そうした意味での遡及を防ぐために法規範は必要ない。——したがって、遡及効とは精神的に理解されるべきであり、そうすると、遡及効とは、遡及法律が過去の法的事実の帰結をその支配下に入れ、かかる帰結に対して影響力を及ぼすこと、を意味する」。こうした意味での遡及効には程度の差があり、第一に、「法的事実の新法後の帰結に対してのみ作用する」場合と、第二に、「〔第一の〕帰結に加えて、〔過去の〕法的事実と新法との間の時間にも及ぶことがある」。不遡及原則は、基本的にはこれら二段階の遡及を何れも斥けるものと解される。

また、既得権とは、「特定の者の法関係、すなわち、個人の意思の自律性が認められる領域をなす部分」のことであり、「法関係が、当初の性質および効力のままに維持されること」

<sup>488</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, T. VIII, Firmin Didot frères, 1851 (2<sup>e</sup> éd., 1860 ; rééd., Pantheon-Assas, 2002). 先に参照した KALINDÉRO や THÉODOSIADÈS も、サヴィニーの所説を参照している。

<sup>489</sup> Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *op. cit.*, p. 66.

<sup>490</sup> F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, p. 379.

が原則として要求される。そして、既得権は、「あらゆる人や社会階級の抽象的資格」や「旧法に基づくものだが、新法によって覆されることになる単なる期待」とは区別される<sup>(491)</sup>。

そして確かに、サヴィニーは、法律不遡及あるいは既得権保護の根拠につきオプリーとローが述べていたことと同旨の説示をしている<sup>(492)</sup>。すなわち、第一に、「市民が現行法の支配を堅く信頼することは、極めて重要かつ望ましい。このことは、それが変わらずに続くことへの信頼ではない。というのも、状況によっては、改善や進歩を望むことには理由があり有益であり得る。現行法への信頼が重要だというときの信頼とは、法律が存続する限りはその支配と効力を持ち続けることへの信頼である。したがって、現行法にしたがって権利を取得するためになされた法行為が将来も有効であり続けることについて、誰もが期待できるのでなければならない」。第二に、「権利と財産の状態が保たれることも、同じく重要かつ望ましい」。

しかし、これに続く第三の説示は、ある主張に対するサヴィニーの反論なのであるが、これはオプリーとローによって参照されることはなかった。ここで取り上げられた主張とは、「あらゆる新法は、それと置き換わるものより優れているという確信とともに制定される」というものである。これによれば、「所期された改善の範囲を広げるために、新法の効力をできる限り拡大するよう主張されることがある」。サヴィニーは、こうした主張に対して、新法の支配は限定されるべきこと、そして、その限定とは不遡及および既得権保護であると反論したのである。

「〔法律不遡及および既得権保護に〕対立する原則は、専ら、そこからあらゆる帰結を引き出すことができないために否定されるべきである。というのも、その原則が適用されるのはある種の法行為だけであり、その他には及ばないので、偶然で一貫しておらず、それ故に不公平であらざるを得ない」。例えば、契約のみにより所有権を譲渡できた後に、新法により引渡が必要とされた場合、対立原則すなわち新法適用の原則を適用するのであれば、それ以前の譲渡で引渡が完了していないものは無効となってしまう。「こうした法状態が不可能なことは明らかであるので、対立原則の帰結は、まさに、事物の性質に適っているものとして実定法により禁止された遡及効に関わるということで、否定されるはずであろう。」

このように、サヴィニーにおいては、新法適用の原則が退けられていた。もっとも、サヴィニーは、法律の時間的効力の議論枠組みとして、権利の取得 (Erwerb der Rechte ; acquisition des droits) に関するものか、権利の存在 (Daseyn der Rechte ; existence des droits) に関するものかに応じて法律を区別する。前者は、契約による所有権の取得などのように、「権利を個人に対して結びつける関係、あるいは、(抽象的な) 法制度を (人的な) 法関係へと変えることに関する規範」である。後者は、奴隷制や十分の一税徴収権というように法制度 (権利) の存在に

<sup>491</sup> Ibid., pp. 376-381.

<sup>492</sup> F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain, op. cit.*, pp. 384-386.

関する規範、また、法制度の存在様式（すなわち、権利の内容）に関する規範である<sup>(493)</sup>。

そして、法律不遡及あるいは既得権保護の原則が妥当するのは前者に限られると解された。これに対して、この原則は、権利の存在・内容に関する法律には妥当しないとされる。そうでないと、「この種の最も重要な法律は、全く意味がなくなってしまう」（例えば、農奴制の廃止は、将来的に農奴を設定することだけを禁止するのであれば無意味になってしまう）。むしろ、この種の法律は、「純粋な法領域の外に根源があり、その目的は道徳・政治・国民経済とつながっている」ため、「厳格に強行的な実定性」を有する。したがって、遡及効があり、既得権は保護されないのである<sup>(494)</sup>。

このように、サヴィニーは、一方で法律不遡及あるいは既得権保護の原則を認めつつも、他方では逆に、新法適用の原則をも認めていた。後者の根拠を、サヴィニーは次のように述べている。

「〔権利の存在に関する法律について既得権の不可侵を主張すること〕は、法の一般的性質および根源と相容れない。法は、民族共通の確信をその根源とする。この確信は、一方において、個々人の移ろいやすく偶然的で儚い確信とは本質的に異なるが、他方において、漸進的発展の法則に服しており、そのため、不変・不動の状態にあると思うことはできない。したがって、一つの時代が、その確信を変更できないものとして将来の時代に強制し得るなどと認めることはできないであろう。」

(495)

以上のサヴィニーの所説と対照してみると、新法適用が原則であると説いたオブリーとローは、既得権の保護の根拠論についてのみサヴィニーを参照しただけであることが分かる。確かに、オブリーとローも、権利の存在・内容に関する法律については新法が適用されることを指摘しているが、それは、法律不遡及を扱う項目（§ 30）の最後で奴隷制・封建制の廃止を例示しつつ言及されただけであった。新法適用の原則を、法律内容の区別と関連づけることなく一般的な原則として提示した点は、サヴィニーとは異なる主張なのであった。

### 3. オブリーとローの既得権論

さて、新法適用の原則に対する制約となる法律不遡及の法理について、オブリーとローも、これを既得権保護として理解したことは既述のとおりである。ただ、従来の論者のような定義はあえて示されなかった。注目すべきは、既得権の類型化が試みられたことである。すなわち、人の身分（état）を構成する国籍・親子関係と、資産（patrimoine）に関する権能（faculté）ないし利益（avantage）を区別し、後者をさらに、法律から直ちに生じるものと人の行為から生じるものとに区別した上で、それぞれにつき分説したのである。

<sup>493</sup> *Ibid.*, pp. 369-372.

<sup>494</sup> *Ibid.*, pp. 503-506.

<sup>495</sup> *Ibid.*, pp. 521-522.

第一に、「人の身分を構成する資格は、単純な事実によって成立し得るものであっても、一定の要件をとともう法行為を必要とするものであるとしても、かかる事実の発生や、法行為が現行法上求められる要件すべてを満たした上で実行された時点からは、既得権を生じさせる。当該要件が部分的に実現しただけであるならば、単なる期待しか与えず、それは後法によって奪われることもあり得る」<sup>(496)</sup>。ここでは、国籍、婚姻関係、養子・認知に関する法律が具体例として挙げられている。そして、所定の要件すべてを満たして国籍を取得した者、有効に結ばれた婚姻、旧法にしたがい養子となったり認知された者については、新法によって影響を受けることはないと言明された（新法により国籍の剥奪、婚姻や養子・認知の無効となることはない）。

オブリーとローにおいて、身分（état）は、能力（capacité）とは明確に区別されている。すなわち、国籍や親子・夫婦関係のように人の身分を形作る資格は、「一種の財産（propriété）をなし、固有の意味での資産（domaine）が生じさせる訴権と類似の訴権によって保護されるもの」<sup>(497)</sup>である。そして、そうした身分が取得された場合には、既得権として保護されることになる。オブリーとローの既得権の概念は、ここでは、訴訟による保護の可能性を主要な要素としていることが分かる。デュヴェルジエからの影響があると言えるであろう。

第二に、資産に関する権能ないし利益についてである。その中で、「専ら法律によって与えられる利益は、取消し得ないものとして取得された主たる権利との関係で法律上付随するものでないならば、その獲得のために必要な出来事・事実が生じるまでは単なる期待しか生み出さず、その間、後法は当該利益を奪うことができる。そうした出来事・事実が実現した後は、当該利益は既得権となる」（例えば、法律によって相続権が認められているとしても、被相続人の死亡などの事実によって相続が開始されない限り、既得権ではない）。ただし、「継起的に行使される法律上の利益は、新法の発布以前に多少なりとも長期間にわたって行使されてきた場合であっても、過去についてしか既得とはみなされ得ず、将来については既得ではない」。そのため、法定用益権（usufruit légal）（例えば、18才未満（当時の規定による）の未解放未成年者の財産管理を行う父母に認められたその収益権）、法定地役（servitude légale）は、将来的には制限・廃止されることがあり得る。また、法律上の権能（所有権者や債権者に認められた物的・人的訴権の行使可能性）についても、「行使された限りで、かつ行使の範囲内でのみ既得権を生じさせる」にとどまる<sup>(498)</sup>。

ここでの既得権の概念には、第一の身分に関するものと共通する要素がみられる。というのも、一定の者に与えられている法律上の利益・権能はそれだけで当然に既得ではなく、何らかの出来事によって現実的に利益が獲得された場合や、権能が行使された場合に限り、既得権として保護されると解されているからである。しかし、既得権として保護される身分は将来的に持続するのに対して、継起的に行使される法律上の利益が将来的に既得権として保護されることはないという相違もある。

<sup>496</sup> Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *op. cit.*, p. 67.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 63, note 20.

<sup>498</sup> *Ibid.*, pp. 68-70.



第三に、資産に関する権能ないし利益の中でも、以上とは異なり、「人の行為により生じる権利は、行為者である個人〔債務者〕が自身に関係しており他方当事者の利益となる法効果を自分の意思だけで変更・消滅させることができず、したがって、当該行為が他方当事者に対して取消し得ない権原 (titre) を生み出している場合、そうした権利は既得権となる」。ここには、契約（契約には、当事者が明文条項で約定してはいないが採用したものと法律上推定される法律規定も含まれ、そうした規定による権利も既得権になり得る）、準契約、不法行為から生じる権利が該当する。法律上の利益について既得権となり得るのは過去に限られるのとは異なり、人の行為から生じる権利であって取消不可能なものは将来的にも既得権として保護されるのである。これに対して、「例えば遺言のように、当事者が自身の意思で修正・消滅させ得る行為によって与えられた利益は、それを根拠づけている権原の取消可能性のために、単なる期待にしかならず、その効力は新法の規定になおも服する」<sup>(499)</sup>。

注意すべきは、資産に関して人の行為により生じる利益（財産的利益）が問題になる第三の場合における既得権の概念は、第一と第二のものとは異なって理解されている。メルラン等が示した最初期の定義と同じく、第三では、取消不可能性を主要な要素としているのである。そもそも、人の行為により生じる財産的利益が問題となっているため、行為がなされたことのみ（すなわち、利益を獲得するための出来事の発生）を既得権の要素とはできず、その性質を考慮せざるを得なかったのだと思われる。また、条件が付されている等により権利が不確定 (éventuel) であったとしても既得権と見なされるため、おそらく、訴訟による保護（権利実現）の可能性は基準となり得ない。そこで、古典的な定義が採られたのであろう。

以上のとおり、オブリーとローは、新法適用の原則を制限するものという位置づけではあるが、従来どおりの既得権論の枠組みを維持しつつ、既得権の三類型を示した。これらを包括する定義は示されなかったが、既得権の概念は各類型に応じて異なる要素が含まれていることからすれば、ある意味では当然であった。すなわち、取消不可能性だけでなく、財産的利益の発生原因（法律によるか、人の行為によるか）、身分取得や利益獲得のために必要である事実の発生や行為の遂行、継続性の評価といった要素が指摘された。

概念の明確な定義ではなく類型化がなされたことから、確かに、オブリーとローの既得権論は「断片的 (fragmentaire)」との評価<sup>(500)</sup> もやむを得ない。だが、多様な要素の存在を浮き彫りにした点は非常に重要であったと思われる。というのも、オブリーとローの分析からは、既得権の指標として、「権利取得の完全性」だけでなく「取得事実の性質」をも考慮する必要のあることが示されたのであった<sup>(501)</sup>。

## 第二項 既得権概念の変容

### 1. 権利と利益の区別——ローラン

<sup>499</sup> *Ibid.*, pp. 70 et 74-75.

<sup>500</sup> J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil...*, op. cit., T. II, p. 128.

<sup>501</sup> Cf. P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 117.

19世紀後半になると、古典的な既得権論の限界が意識され、これを再検討する試みも見られるようになる。ただ、期待論の組み込みや既得権の類型化など以上までに取り上げた方向性とは異なる。むしろ、単なる期待と区別される既得権の概念そのものの変容へと向かうことになる。その契機となったのは、1869年、ベルギー<sup>(502)</sup>のガン（ヘント）大学の教授であるローランが、法律の時間的効力を論じる中で、権利と利益の区別を次のように説いたことであった。

「ある区別をすべきであり、それが何より重要である。個人が単なる利益（simple intérêt）を主張し、立法者がこれに直面する場合、立法者は、かかる個人的利益が一般利益を前にして屈するよう強制することができる。この場合に、裁判官が立法者と同じ権限を有するか否かは別問題ではある。だが、立法者が個人に属する権利に直面する場合には、それを尊重しなければならない。ましてや、裁判官は、一般利益の名の下に、市民の権利を害したり変更することはできない。」<sup>(503)</sup>

もっとも、ローランは既得権論を批判したわけではない。「裁判官は、市民の資産となった権利（un droit qui est dans son domaine）を奪うような仕方で法律を適用することは決してできない。これこそ、学説が既得権と呼ぶものである」<sup>(504)</sup>と述べて、メルランによる古典的定義<sup>(505)</sup>の一部を取り入れている。そのため、既得権論の核心部分は維持している。

それどころか、ローランは、新法によって侵害され得ない権利を、基本的には所有権に限定してしまう。ここでの議論はかなり特殊である。というより、ローランにおける既得権論の論理構造は、もはや憲法論であった。

<sup>502</sup> ベルギーは1795年から1814年までフランスによって支配され、その間に制定されたナポレオン法典がベルギーでも適用された。しかも、フランスから解放された後も長きにわたって有効であり続けた。全面改正されたものもあるが、民法典と刑事訴訟法典については、個々の条項は改廃されているものの、今でもナポレオン法典が現行法である。そして、ベルギー民法典2条は今なお元のままであり、「La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif」と規定している。

<sup>503</sup> François LAURENT, *Principes de droit civil*, T. I, Bruylant-Christophe (Bruxelles), 1869, p. 226. 本書は版を重ねているが、初版の内容がそのまま維持されている。この『民法原理』は大著であるため、これを要約する教科書も出版されている。特に、不遡及原則については、François LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, T. I, Bruylant-Christophe, 1881, pp. 148-154.

なお、ローラン（1810-1887）は、1879年4月3日、ベルギーにおける民法典の改正案の起草を政府から任じられ、1884年までに草案を完成させた（*Avant-projet de révision du Code civil*, 6 vol., 1882-1885として公表されている）。だが、1884年の選挙によってカトリック系の政権が誕生したことで、自由主義政党の下で進められた民法典の改正作業は取り下げられ、ローラン案が結実することはなかった。V. John GILISSEN, « Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1914) », *Revue belge d'Histoire contemporaine* 1983, 1-2, pp. 203-285. ローラン案は日本でも知られており、明治期の法典編纂に際して参考とされた。

ローランの民法典の改正草案は、4条から10条が法律の時間的効力に関する規定となっている。ここでは、『民法原理』で展開された所説が忠実に条文化された。例えば、「立法者は、社会の一般利益について規律するその権利に基づき、個人的利益を侵害する場合であっても、法律を改正することができるが、個人の資産となっている権利については、緊急対策（salut public）が理由であったとしても、これを奪うことはできない。」（5条）。

<sup>504</sup> F. LAURENT, *Principes...*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>505</sup> 本節の第二款第二項を参照。

「市民が享受する権利が憲法によって宣言されている場合、立法者はそれを尊重しなければならない。そうした権利が絶対的で無制約であるならば、立法者は、それを制限したり変更することはできない。この意味で、法律は遡及し得ないのである。」<sup>(506)</sup>

したがって、ローランの不遡及論において最も重要なのは、「個人から奪うことのできない絶対的権利とは何なのか」を明らかにすることであった。この点、すべての権利が不遡及原則と関係するわけではない。例えば、政治的権利については、「個人は、国家から与えられた権利を国家に対して援用することはできない」ため、全て対象外とされる<sup>(507)</sup>。そして、絶対的に奪われ得ない権利について、ローランは次のように解した。すなわち、「所有権の不可侵はベルギー憲法によって保障されている。個人の資産に属する何らかの財産を奪う法律は憲法違反であり、憲法11条<sup>(508)</sup>に反する。この意味で、かつ、この限りにおいて、不遡及は立法権を拘束する憲法原則であり、司法権についても、なおさらである」<sup>(509)</sup>。なお、「この限りにおいて」と述べられているように、所有権の剥奪は許されないが、その行使に関して法律が規律することは可能であるとされる。

このように実質は憲法論なのであるが、何れにしても、ローランよれば、法律の時間的効力が限定されるか否かは、権利の絶対性にかかっている。そうした権利のことを既得権と表現している場合もあり、必ずしも既得権の概念が批判されたわけではない。だが、もはや、権利が既得か否かという問題設定はなされておらず、何ら検討されていない。つまり、ローランは、新法から保護されるべき権利は何かを専ら問うたのであった。

では、そうした意味での権利を有していない者に対しては、法律をどのように適用すべきなのか。この点、「法律が一般利益を目的としており、かつ、個人的利益にしか直面しない場合、法律は過去を規律することが一般法則であると認められる」<sup>(510)</sup>。とはいえ、遡及の有無について立法者の意思が明示されていないと、法律適用の際に問題が生じうる。そうした場合には、一般利益の有無が問われるべきとされるのだが、ここで、ローランは興味深い指摘をしている。すなわち、「裁判官は、立法者がなし得ることではなく、立法者がしようと望んだことを検討しなければならない。というのも、立法者は、なし得ること全

<sup>506</sup> F. LAURENT, *op. cit.*, p. 218.

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 233. 政治的権利に関しては、選挙権、免税、強制加入保険についてのベルギーでの政治的議論が取り上げられている (pp. 226-231)。また、政治的権利ではないが、教育の自由についても取り上げられている。この点、私立学校を廃止する法律は教育の自由の侵害となるが、公立学校を設立することは、私立学校を既に開設していたカトリック教徒の既得権を侵害することにはならないと解された (pp. 219-220)。1848年、ベルギーで中等教育についての法律（政府がコレッジを開設できることとした）が制定された際、カトリックの側から、既得権を侵害するとの批判がなされたようである。ただ、ローランは、憲法は私立学校の繁栄まで保障しているわけではないこと、また、国家の権利はより高次であり、その任務はより重大であって、学校の普及は国家の義務でもあることから、既得権を侵害するはずがない、と述べている。私学開設者の権利が否定されたわけではない。

<sup>508</sup> 1831年のベルギー憲法11条「何人も、公共の利益のために、法律所定の事由と方式において、かつ事前に支払われる正当な補償がなされるのでなければ、その所有権を奪われない。」

<sup>509</sup> F. LAURENT, *op. cit.*, p. 259

<sup>510</sup> *Ibid.*, p. 226.

てを望むわけではない。裁判官を唯一支配するのは立法者の意思なのである」<sup>(511)</sup>。

以上を要するに、ローランによれば、第一に、自身の資産となった権利しか保護されず、個人的利益に過ぎなければ新法に対してその存在を主張することはできない。このことを象徴的に述べる一節は、日本でも明治期には頻繁に引用された有名なものである。

「法律が市民から権利を奪うことができるならば、もはや社会は存在しないが、個人的利益を前にして法律が立ち止まらなければならないとすれば、もはや社会はあり得ない、ということも確かなのである。」<sup>(512)</sup>

しかし、第二に、個人的利益に過ぎない場合であっても、必ずしも法律を遡及適用すべきなのではなく、そのためには一般利益が存在しなければならない。権利の尊重が憲法論として導かれたのに対して、一般利益の要請は、民法典 2 条の帰結であるとされている。ただ、19 世紀中葉には、前記のとおり、新法は旧法より良いものと推定されることを理由に、幾つかの論者が可能な限り広範に新法を適用すべきと説いていた。これに対して、ローランの立法観は異なるものであった。

「新たな観念を広める最良の方法とは、それが市民の利益を損なわないよう配慮することである。立法者が過去には触れずに将来について規定するに留めるとしても、進歩は、確かにゆっくりではあるが、しかし、より確実に実現することであろう。」<sup>(513)</sup>

## 2. フランスへの波及——ボドリー・ラカンティヌリー

ローランによる権利と利益の区別論は、直ちに、フランスの学者へ波及した。ローランの影響により、既得権論の枠組みは維持されつつも、既得権の概念に変容がもたらされることとなったのである。

その萌芽としては、ボドリー・ラカンティヌリーの所説を挙げることができる。全三巻の概説書 (Précis) のため簡潔な解説に徹底しており、一般論については基本的にドゥモロンブとほぼ同じ構成をとりつつ、内容的には古典学説に倣っている。だが、次の説示からは、形式的に過ぎないにせよ、ローランの影響を受けたことが見て取れる。

「法律は、社会の利益に応じて制定される。したがって、社会的利益の機関である立法者は、そうした利益に最も適うように新法が適用されるよう望んだと考えるべきである。然るに、新法は旧法よりも良いものと推定されるので、たとえ、個人が旧法下で抱いた希望 (espérance) ないし期待 (expectative) を覆すことで、何らかの個人的利益 (intérêt particulier) を損ねるとしても、社会的利益からは、できる限り迅速に新法が完全に適用されることが求められる。〔中略〕したがって、

<sup>511</sup> Ibid., p. 263.

<sup>512</sup> Ibid., p. 232.

<sup>513</sup> Ibid., p. 262.

個人的利益が被る損害のために法律の即時適用が妨げられることはない、というのが立法者の精神なのである。だが、旧法下での既得権 (*droits acquis*) が新法の適用によって侵害され得ること許すならば、社会にとっては利益よりも損害である。そうした侵害は、個人の地位と財産に重大な騷擾を引き起こし、それらの安定性について利害関係がある社会に大きな損害を与えてしまう。<sup>(514)</sup>

ここでは、簡潔ながら、これまでの学説が集約されている。まず、新法が旧法よりも良いものと推定されることは、新法によって弱い期待が損なわれることを正当化する理由であり (ヴァレット)、また、弱い期待を損なうだけであれば私益への深刻な侵害はないものと考えられた (ドゥモロンブ)。だが、ローランに影響されて、ボドリー・ラカンティヌリーは、個人的利益よりも社会的利益が優位することを前提に、個人的利益に過ぎなければ新法はそれを毀損してでも適用されるべきと解した。そして、それ故に、新法は即時適用が原則であるとされた (オブリーとローと同旨)。ただ、そうした新法といえども、既得権を侵害してはならないとも解された (古典学説の踏襲)。

古典的な既得権論を維持しつつも既得権と個人的利益との区別についてローランから影響を受けたことは、ボドリー・ラカンティヌリーにおける両概念の定義にも表れている。

「利益とは、旧法下で生まれた単なる希望ないし期待 (*simple espérance ou expectative*) であって、旧法によって保護されたものである。それは、まだ自身のものではない利益 (*avantages qui ne nous appartiennent pas encore*) であって、多少なりとも根拠はあるものの取得できると期待されているに過ぎないものである。」

「権利ないし既得権とは、自身のものとなり、自身の資産の中にある利益 (*avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine*) であって、それを付与した者や第三者によって奪われることのない利益である。〔中略〕新法がそうした権利を奪うならば、遡及効があることにならざるを得ない。」<sup>(515)</sup>

まず、利益の定義をみると、実際に生じた何らかの利益ではなく、将来的に得られであろうと正当に期待されている利益、いわば潜在的利益となっている。これは、利益といながらも、従来の既得権論における単なる期待と変わらない。ローランにおいては現実的な利益が語られていたと思われることから、ボドリー・ラカンティヌリーは、その概念の形式のみを取り入れただけであった<sup>(516)</sup>。

<sup>514</sup> Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, T. I, L. Larose et Forcel, 1882, pp. 30-31. なお、第三版 (1881 年) も、法律の時間的効力 (26-34 頁) に関しては、若干記述が簡素化されたのみで殆ど同内容の記述が保たれている。

<sup>515</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>516</sup> 初版や第三版ではローランが参照されている。だが、11 版 (1911 年) になると、ローランは参照されおらず、しかも、既得権と期待の古典的区別がとられており、権利と利益を対比していた部分が注意深く訂正された (Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et G. CHÉNEAUX, *Précis de droit civil*, T. I, 11<sup>e</sup> éd., Sirey, 1911, p. 35)。後に検討することであるが、11 版では、古典的な既得権論を徹底的に批判したヴァレイユ・ソミエールの所説 (1893 年) が取り上げられており、それは「伝統的区別を完全に斥けた」ものとして紹介されている。そのため、おそらく、こうした学説動向を踏まえて、むしろ古典的理論に忠実であるべきことを意識して、既得権と期待の区別へと回帰したのではないと思われる。

だが、別の箇所においては、「権利とは、法律が人に与える権能ないし利益 (faculté ou avantage) である」、そして、「権利の享有 (jouissance) とは、権利の所有あるいはその取得の可能性である」と述べられている<sup>517)</sup>。例えば、親が死んだ場合において子はその財産の所有権を取得することになるのは、子が出生により相続権を享有しているためであると説明される。その一方で、「自身が推定相続人ないしは受遺者となっているが、まだ生存している者の財産に対する主張」は、なおも、既得権と対比される利益に過ぎないとされている。そうすると、ここでの利益には、権利と定義されたものも部分的に含まれてしまっているように思われる。

これに対して、既得権とは、「自身のものとなり、自身の資産の中にある利益」と定義されており、利益が「まだ自身のものではない利益」であることと対照的な定義となっている。例えば、「開始された相続において自身が有する権利」は、既得権となる。したがって、利益の潜在性と顕在性の相違が、利益と既得権の区別となって現れているように思われる。従来、例えばメルランにおいて、既得権とは、「自身の資産となり、資産の一部をなしている権利」と定義されており、何らかの意味で取得されたと見なされる権利が意識されていた。ボドリー・ラカンティヌリーにおいては「権利ないし既得権」が語られており、それは、メルランと殆ど同じ定義ではあるものの、既得権というよりは現実的な利益なのである。ただ、取消不可能性も付け加えられているので、その全てが既得権ではなく、一部に限定されていることは確かである。

### 3. 既得性の消去——ユック

ローランによる権利と利益の区別について、ボドリー・ラカンティヌリーよりも強く影響を受けたと思われるのが、ユックである。既得権の概念を根本的に疑ったユックは、メルランの定義を次のように批判して、権利の既得性を消去すべきであると主張した。

「第一に、既得権という表現が曖昧である。既得ではない権利が存在するように思わせる表現であるが、そうであるとすれば不条理であろう。」「既得である (acquis) という表現は何も付け加えておらず、それは、時間軸の中で (dans l'ordre chronologique)、新法の発布よりも前から存在している権利であることを示そうとするだけであるので、消去することができる。」<sup>(518)</sup>

そうすると、「第二に、ここで問題となっている権利の徴表とは何なのであろうか。これこそ、メルランの定義でははっきりしない肝心の問題点である」。この点について、ユックは、次のように理解すべきであると提案した。

「〔新法が侵害することのできない権利〕とは、訴訟や抗弁によって保持することがそれを有する者に対して保障されている全ての利益である (tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie

<sup>517</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, T. I, 1<sup>er</sup> éd., pp. 61 et 62.

<sup>518</sup> Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, F. Pichon, 1892, p. 67.

au sujet investi par une action ou par une exception)。」<sup>(519)</sup>

そして、そうではない利益は「単なる利益 (simple intérêt)」であるとされ、こうして、ユックは、権利と利益の区別を明確に打ち出したのである。ただ、その主観的意図は用語の問題に向けられていた。「用いられている表現が、観念の方向づけに対して有害な影響を与え、実際には利益と権利の区別の単純な適用事例に過ぎないことを見誤らせてしまった」という点が批判されたのである<sup>(520)</sup>。

したがって、ユックにおける権利と利益の区別論は、自ら認めているように、「実質的には、既得権と単なる期待とを区別することと変わりはない」<sup>(521)</sup> ようである。それどころか、古典的な既得権論の発想を引き継いでいる側面もある。というのも、ユックによれば、遡及立法は、「公益を理由とした権利の一種の収用 (expropriation)」として理解される。ここには、既得権の所有権的構成がより徹底して表れていると見ることができるであろう。もちろん、この観点からも、遡及立法は一般的な措置であるため、所有権などの通常の収用とは異なるとされる。したがって、補償されないことに遡及立法の特徴があると解された<sup>(522)</sup>。

### 第三項 既得権論に対する根本的批判

さて、本款では以上までで、19 世紀後半の学説においては、既得権論の理論枠組みに動揺がみられたり（第一項）、既得権の概念それ自体についても再検討がなされ、概念が変容していく様子（第二項）を明らかにした。こうした学説動向については、既得権論に通底している問題意識（一定の権利については新法の下でもその適用を免れるのではないか）は共有されていたものの、既得権の概念を定義することの困難性がより強く意識されるようになっていったのだと理解できる。第二項で取り上げたように、既得権を論じていても新法との関係において既得である (acquis) ことの意味には関心を向けていない論者がおり、さらには、「既得である (acquis) という表現は何も付け加えておらず、それは、時間軸の中で (dans l'ordre chronologique)、新法の発布よりも前から存在している権利であることを示そうとするだけである」とまで批判した者（ユック）もいた。

そして遂に、1893 年、フランスにおいて初めて、既得権論が正面から批判されることになる。ヴァレイユ・ソミエールの論文「法律の遡及効についての新たな理論」<sup>(523)</sup> が、それである。まず、既得権の概念そのものが批判の対象とされ、既得権と期待とは明確に区別

<sup>519</sup> Ibid., p. 67.

<sup>520</sup> Ibid. なお、ユックにおいて、一般的に、権利とは「社会の中で人が請求することのできる多様な利益 (avantages)」と定義されており、時間的効力論における権利の上記定義とは若干異なっている。後者では、訴訟による保持の可能性が重視されており、その意味で、従来から既得権の主要要素とされてきた取消不可能性と、結果的には通底している。

<sup>521</sup> Ibid.

<sup>522</sup> Ibid., p. 91.

<sup>523</sup> VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1893, pp. 444-468 et 492-519.

できないこと、さらに、概念の基本的要素だけでは全てをどちらかに分類することができないため、学説は個別的要素を様々に付け加えることで概念を補正してきたが一貫性に欠けていること、が指摘された。その上で、ヴァレイユ・ソミエールは、法律の不遡及原則について独自の理論を打ち出した。以下では、概念矛盾および補正要素の矛盾に対する批判を概観した後に、ヴァレイユ・ソミエールが提示した理論を分析する。

### 1. 既得権概念の矛盾

ヴァレイユ・ソミエールによれば、そもそも、「正しいフランス語その他あらゆる言語において、既得権という表現には一つの意味しかない」。「自然な文法的意味」での既得権とは、「生得権 (droits innés) と対になる表現であり、自然 (nature) のみによって与えられるわけではない権利を意味している」<sup>(524)</sup>。この意味によるならば、例えば、投票権は既得権となり、それを廃止・変更する法律には遡及効があることになるはずであるが、学説はそうのように解してはいない。実際にも、生得権と対になる意味での既得権を、すべて同じく保護すべきであるとは考えられない。「それ故、フランスの法学者は、既得権という表現に自然な文法的意味を与え続けるとすると、既得権とその他との区別では満足に行くものとはならないことに気づき、この語に対して新しい恣意的な意味を与えることになった。それは、とても明確というわけでは全くないのだが、確定的な権利、市民が強く期待したはずの権利という意味であると思われる。もはや、既得権と対になるものは生得権ではなく、単なる期待なのである」<sup>(525)</sup>。

このように、ヴァレイユ・ソミエールの見立てによれば、古典的な既得権論（既得権と期待の区別）においては、既得権に特殊な限定が加えられている。生得ではない権利の大部分が、実践的な何らかの考慮により既得権からは除かれているのである。そのため、従来の学説による既得権の定義は次のように言い換えることができ、より法的な意味が明確になるとされる。すなわち、ヴァレイユ・ソミエールの学説理解によれば、「既得権と呼ばれるものは、自身の意思のみに因り行使される権利である。期待と呼ばれるものは、自分の意思だけに因るのではなく、その行使が他者の意思にも依存している権利である」<sup>(526)</sup>。しかし、こうした従来の学説にも矛盾がある。この定義によるならば既得権は無数に存在するはずであるが、実際には、そうではなかったからである。例えば、投票権は、それを有する者の意思のみに因って行使され、誰も奪い得ないにもかかわらず、学説は一致して、既得権とは認めてこなかった。

ここでは投票権が一つの例とされており、周辺部分でもって本質を批判している嫌いがあるように思われるかもしれない。ただ、批判の意図は、定義に含まれるはずのものが実際には除外されていることの指摘にあった。そして、鍵概念に一貫性が欠けているとすれば、既得権論に矛盾があり得るとの疑念も生じてくる。これが次の批判である。

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>525</sup> *Ibid.*, pp. 453-454.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 454.



## 2. 多様な補正とその矛盾

ヴァレイユ・ソミエールによれば、既得権の概念の主たる要素（上記指摘）を論理的に貫くとなると、具体的事例を想定した実践的解決（実践的な価値判断）と齟齬が生じてしまい得る。そのため、これまでの学説は、様々な補正的要素を加えることで既得権と解すべきものを一定の権利に限定してきた。だが、多様な補正がなされているだけでなく、個々の補正それ自体も一貫しておらず、矛盾が生じている。このように批判するにあたって、ヴァレイユ・ソミエールは検討対象の学説を明示的には特定していない場合があるので、本稿のこれまでの学説史研究を踏まえて補いつつ、以下では批判を概観する<sup>(527)</sup>。

第一に、既得権論の成立当初、既得権とは自身の資産になった権利であるという要素が付け加えられていた（メルラン）。だが、国籍や夫婦の身分など、非財産的な地位・身分も既得権であると解された。概念が無意識に拡張されており、矛盾がある。

第二に、個人的利益は一般利益に服していることから、一般利益を目的とする法律に基づく権利は期待でしかないと解されることがある。特に、公序（ordre public）によって区別がなされてきた（ここでは批判対象が特定されていないが、人の身分・能力が念頭に置かれていると推察される）。だが、この点、国籍や婚姻についての法律は高度に一般利益に関わるにもかかわらず、学説は一般に、既になされた帰化・婚姻を将来的に変更するならば遡及効があると解してきたのであり、矛盾がある。

第三に、既得権とは、ある権能（相続権や賃借権）を行使したことの結果であると説かれることがある（ドゥモロンブ、オブリーとローなど）。だが、「あらゆる権利は、行使された権能から生じるものであるとしても、将来については、まだ行使されていない権能でしかない」（例えば、財産の所有権は、まだ行使されていない使用等の権能である）<sup>(528)</sup>。そのため、行使されていない限り既得権でないとすると、現実的な権利はどれも既得権ではなくなってしまう。そこで、行使された権能によって得られた権能を既得権とみなす見解があるが、この点、例えば帰化する権能の行使によって投票権が得られるが、後者は既得権ではないとされている。したがって、何れにおいても矛盾がある。

第四に、人の行為から生じる権利と法律から直接に生じる権利とが区別され、前者が既得権であると解されることがある（オブリーとローなど）。だが、既得権の中に、出生によるフランス国籍の取得のように法律から直接に生じるものが含まれており、矛盾がある。

第五に、既得権は個人的権利であり、全ての者に共通で同一の権利が除かれると説かれることがある。だが、「私が有する権利は、同時に私の同胞にも属しているために、個人のものではなくなる、すなわち個人的ではなくなるのだろうか」<sup>(529)</sup>。

第六に、期待の強弱を軸にして、既得権とは強い期待であると説かれることがある（ヴァレット、ドゥモロンブなど）。だが、それによると、成年年齢の引き上げによって未成年になっ

<sup>527</sup> VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, pp. 456-462.

<sup>528</sup> *Ibid.*, p. 458.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 459.

てしまうとしても驚きは軽いとされ、その意味で成人の行為能力については弱い期待しか認められていない。そうすると、「ここでは、常識と現実が示すものしか見ない者は、絶えず誤ってしまうのではないか」<sup>(530)</sup>。

第七に、権利と利益を区別し、権利を侵害する場合にのみ遡及効があると説く見解もあった（ローラン、ユック）。だが、権利とは法律によって認められた権能であるとする（ヴァレイユ・ソミエールはそう解する）、投票権を変更・廃止する法律には遡及効があることになってしまいが、そのようには解されていない。ユックにおいては、権利とは訴訟によって保護されるものと説かれていたが、投票権に関する争いに対して訴訟が否定されることはない。やはり、何れにおいても矛盾がある。

### 3. 既得権論の放棄と新たな理論構築

以上のように既得権の概念やその理論に矛盾があることを批判した上で、ヴァレイユ・ソミエールは、既得権論それ自体を放棄し、法律の不遡及原則に関して独自の新たな理論を提示するに至った。その問題関心は従来の学説と変わりはないが、注目されるのは、着眼点の転換が試みられたことである。

すなわち、ヴァレイユ・ソミエールにおいても、「法律は、以前の行為ないし事実から既に生じた効果を過去において消滅させる場合、より簡潔に言えば、まさに過去において権利を奪う場合、必ず遡及的である」。議論となるのは、過去の事実・行為から将来生じるはずの効果が新法によって影響を受ける（変更・消滅させられる）場合における、当該新法の適用範囲である。「換言すれば、現在の権利とは全て既に完了した行為・事実の結果なのであるから、現在の権利の一つを将来的にのみ変更・廃止する法律は、どれも遡及していると見なすべきなのであろうか」<sup>(531)</sup>。

この点、ヴァレイユ・ソミエールは、既得権論への批判を踏まえて、視座の転回を図るべきであると主張した。すなわち、「権利を将来的に奪う法律が遡及しているのか否かを知るために考慮すべきは、法律によって奪われるのが如何なる権利なのかではなく、法律は何故それを奪うのかである」<sup>(532)</sup>。こうした観点に基づき、従来とは大きく異なる遡及効の判断基準を次のように提示した。これが、主張の核心部分である。

「過去の事実を考慮して新法が権利の一つを将来的に変更・廃止するのであれば、それは遡及的である。」<sup>(533)</sup>

ここから分かるように、「何故 (pourquoi)」に着目すべきというのは、新法が「過去の事実」を考慮したか否かを基準にするということである。古典的な既得権論では、新法によって個人に生じる影響の内容・性質に着目し、取消不可能な権利や現実的に行使可能な権利に

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 462.

<sup>531</sup> *Ibid.*, pp. 444-445.

<sup>532</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 445.

対しては影響を及ぼし得ないとか、人の能力を変えるだけであれば新法が適用されると説かれていた。しかし、ヴァレイユ・ソミエールは、遡及効の有無を考える際には、もはや個人の側に軸を置くことを止めるべきと考えた。むしろ、法律の側からみて、法律は過去の事実を考慮しているか否か、すなわち、新法の客観的な立法理由、あるいは、新法を適用するための要件とされている要素を遡及効の判断基準にすべきと主張したのである。

そのため、ヴァレイユ・ソミエールにおいて、過去の事実については、それが権利を生じさせたか否かは考慮されない。過去において、何らかの方法により・何らかの形式で・何らかの状況において権利を得た者や、過去において何らかの行為をした者は、同一に位置づけられる。そして、権利取得者や行為者に対して、これらの者と関係のある過去の何らかの事実を理由にして不利益を及ぼす場合、そうした法律には遡及効があるとされるのである。例えば、過去の選挙における無投票を理由にして、新法が該当者から将来的に選挙権を剥奪するとすれば、遡及立法である。なぜなら、この場合、「法律がまさに過去の事実を新たな規範に服せしめる」からである。

こうした単純な基準が提示された背景には、ヴァレイユ・ソミエールが、「純粹に直観的であり、したがって、確実な法的感覚のある常識」<sup>534)</sup>によって遡及効の有無を判定できべきと考えたことが関係している。そのため、複雑で矛盾のある既得権論にかわって、過去の事実がその当時の法に服しつづけるという常識的な理論が主張されたのである。

では、一切の過去はもはや手をつけられないのかということ、もちろん、そうではない。法律が過去の事実を考慮していないならば、過去に生じた権利に対して影響を及ぼしても遡及効が見出されることはない。ヴァレイユ・ソミエールは、先に引用した基準の反対方向での帰結として、もう一つの判断基準を次のように提示したのである。

「しかし、法律が、過去の事実を考慮してではなく、権利それ自体、権利から今後生じるであろう支障を考慮して、あるいは、われわれの現在の身分、現在の年齢などを考慮して、権利の一つを将来的に変更・廃止する場合、そうした法律は、何であろうと遡及的ではない。」<sup>535)</sup>

したがって、単に将来的に選挙権を失わせるだけであれば、遡及効はないと解され得る。法律が現在の権利・身分等それ自体を考慮しているならば、将来的に新たな規範に服することになるのは現在の権利・身分等なのであって、過去の事実ではないからである。要するに、新法が、その適用対象となる者の現在の状況を考慮しているだけであれば遡及効はない、というのである。もう一つ例を挙げれば、この基準によると、既存の金銭債権に対してであっても、その最高利率を将来的に引き下げる法律に遡及効はないと解され得ることになる。

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 447.

#### 4. 遡及効の問題と正義の問題

ところで、ヴァレイユ・ソミエールが提示した判断基準によるならば、既存の権利を一律に変更・消滅させる大胆な法律であっても、過去の事実が考慮されておらず現在の事情のみが理由である限り、不遡及原則の射程から除外されることになる。つまり、「権利を絶対的に、すなわち権利を有する者すべてに対して変更・廃止する法律は、遡及的ではない」<sup>(536)</sup>と解されるのである。既得権論であれば、過去の事実・行為に基づく一定の権利につき、それが個人のものになったと解することで、いわば所有権が他者から奪われ得ないのと同じく新法によっても奪われ得ず、そうした権利（既得権）を侵害するならば遡及効があると帰結された。これに比べると、ヴァレイユ・ソミエールの理論は、遡及効を觀念しうる可能性を著しく減少させている側面は否定できない。

もちろん、従来であれば不遡及原則に反する可能性が包括的に否定されていた投票権に関する法律についても遡及効があり得ることを例示していたように、一概に不遡及原則を矮小化したわけではない。だが、それでも、ヴァレイユ・ソミエールの議論の背景には、遡及立法が一般に考えられてきた程には多くないはずであるとの認識があったように思われる。より正確に言えば、既得権論は、それが曖昧で一貫していない概念に依拠していただけでなく、遡及立法の不当な性質づけを許し、不遡及原則に多くの問題を取り込みすぎってしまったという評価である。この点に関する次の指摘は、極めて重要である。

「現在の権利の中には、確かに、廃止すべきではないもの、廃止し得ないものがある。触れることさえすべきでないものもある。それらについて手を下すには、重大な理由により、かつ、節度を保つのでなければならない。だが、権力を制約するのは法律の不遡及原則ではない。それは、より重要で厳格な原則、すなわち、立法者は重大な理由なくして人間の本性に固有の権利を制限したり、とりわけ廃止すべきではないという原則、人工的な事物の状態を濫りに廃止することにより市民の利益を軽々しく害すべきではないという原則である。現実的権利を将来に向かって侵害する法律に遡及効を認めないことは、そうした法律が常に有効かつ適法であるとするのではない。立法権の濫用に対しては、不遡及よりも高く乗り越えがたい壁がある。すなわち、正義、自然権、主権の一般的義務である。」<sup>(537)</sup>

「法学者は、正義の問題と遡及の問題とを混同してきたように思われる。既得権に分類されているものは、結局のところ、立法者によってではなく、神、自然によって与えられるものなのであるから、立法者には尊重する義務があるような権利なのである。〔中略〕そして、法律が必要もないのに本質的権利の一つ、既得権に位置づけられる権利の一つ……を奪うとしても、非難すべきは遡及ではなく不正（*iniquité*）であることに法学者は気づかなかったが、全く別問題なのである。というのも、遡及は常に不正というわけではなく、また、不正は多くの場合は遡及しているわけではないのである。」<sup>(538)</sup>

<sup>536</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>537</sup> *Ibid.*, p. 449

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 465.

既得権論を放棄して遡及効の範囲を限定したかに思えるヴァレイユ・ソミエールであったが、このように、従来であれば既得権論によって保護されてきたものが保護に値しないと考えたわけではなかった。このことを端的に、「現実的権利を将来に向かって侵害する法律に遡及効を認めないことは、そうした法律が常に有効かつ適法であるとするのではない」と述べている。そうした法律が制定されようとし、または制定された場合には、「正義、自然権、主権の一般的義務」という「より重要で厳格な原則」「不遡及よりも高く乗り越えがたい壁」が立ち上がる。すなわち、「権力を制約するのは法律の不遡及原則ではない」、ということである。

だが、この点、ヴァレイユ・ソミエールによれば、「法学者は、正義の問題と遡及の問題とを混同してきたように思われる」。確かに、既得権の概念批判に際して指摘されたように、学説において既得権は生得権と対比される概念ではなく、特殊な限定が加えられていた。一方で、「自然な文法的意味」によるならば既得であるはずの権利の多くが既得権からは除かれており、他方で、既得権に「新しい恣意的な意味」を与えることで、その不可侵性が根拠づけられたのである。だが、逆説的なことに、こうした概念操作の結果、本来的に既得ではなく生得的である権利、「立法者によってではなく、神、自然によって与えられるもの」が既得権に分類されることになってしまった。従来の学説では、まさに、こうした「混同」によって、新法に対する既得権の保護が帰結された。だが、そもそも、その中には「立法者には尊重する義務があるような権利」が含まれていた。こうしたことから、ヴァレイユ・ソミエールは、既得権の侵害が非難されるべきであるとしても、「非難すべきは遡及ではなく不正 (iniquité) である」、そして、「不正は多くの場合は遡及しているわけではない」と喝破したのであった。

### 5. 小括——ヴァレイユ・ソミエールの学説史上の評価

本節で取り上げてきた19世紀の諸学説は簡単に総括できるものではないため、検討を終えるにあたって、ここで「第二節のまとめ」はしないこととする。だが、学説史的展開という観点からすれば、19世紀の末、1893年（明治26年）に既得権論に対する徹底した批判が現れたことは、あまりに重大な出来事であった。そこで、以下では、ヴァレイユ・ソミエールの学説史的評価を示すことで、第二節を締めくくることとしよう。

その影響を端的に物語るのは、ジェニーによる参照である。1899年、ジェニーは法解釈における「衡平 (équité)」の機能を論じた際、法律の時間的効力論（新旧法の抵触論）を一つの例として挙げた。衡平には、一種の直観および個別事情の考慮という二種の概念があるとされるが、ここでは前者に関わる。ジェニーは、ヴァレイユ・ソミエールを参照しながら、時間的効力論が直観に依拠していたことを次のように指摘したのである。

「幾つの定式が考え出されてきたにもかかわらず、とらえどころの無い不明確な区別（既得権と期待の区別）で満足せざるを得なかったが、事物の性質によっては区別を完全に明らかにすることはできず、暫

定的であつたにせよ、その枠は法的直観によってしか埋めることができず、おそらくは研究・考察が続けられることであろうが、それでも、固有の意味での理性の作用に還元することはできない」

(539)。

既得権論が、本質的に「法的直観」に依拠している。ジェニーのこの指摘は、ヴァレイユ・ソミエールの批判と通底していると言えるであろう。法律の不遡及原則を既得権の尊重として理解した学説については、確かに、法律の効力の“時間的”限界についても、権利の“既得性”についても、正義の観点をも含めた直観によって結論を導いていた側面があることは否定できないように思われる。この指摘は重要なものとして学説によって受け止められ、その後、法律の時間的効力論の議論枠組みを整理し、不遡及原則の領域を限定する方向を導くことにもなるのであった<sup>(540)</sup>。

とはいえ、ヴァレイユ・ソミエールの批判については、学説史を踏まえるならば、三つの点で留意が必要であるように思われる。

第一に、19世紀中頃以降の論者も、既得権論に必ずしも論理的一貫性がないことには気づいていた。例えば、1845年、デュヴェルジエは、「各解決を認めるとしても、それらの中には結びつきが見られない」ことを指摘していた。同年、ドゥモロンブも、法律の時間的効力について不変の準則を探求することは「無謀」であると考え、不遡及原則といえども公益と私益の「評価の問題」であると位置づけた。理論に曖昧（あるいは柔軟）な部分があることに気づいていたからこそ、この時期以降の学説は、期待の強弱という要素を採り入れたり（ヴァレット、デュヴェルジエ、ドゥモロンブ）、既得権を類型化したり（オブリーとロー）、権利の絶対性（主に憲法上の不可侵の権利）と侵害可能な個人的利益とを対比したり（ローラン）といった形で、古典的な既得権論を変容させながらも理論の改鑄を試みてきたのだと思われる。

もちろん、問題の複雑性に対応しようとして、既得権論が一見すると捉えどころのない理論になってしまったことは間違いない。理論的欠陥を明らかにしたことの重要性は、大きく評価に値する。しかし、ヴァレイユ・ソミエールが、概念や理論の矛盾を指摘しつつ、全く異なる観点から直観的で常識的な基準を提示したことについては、唐突の感は否めないように思われる。実際、法律の考慮対象が過去か現在かという基準によって遡及効を判定しようとしたその主張は、その後の学説によって支持されることはなかった。

第二に、古典的な既得権論の基底には、主に契約から生じた権利を念頭に置き、かつ、権利に対する所有を観念することで、そうした権利は第三者によって奪われ得ないのと同じく、新法によっても奪われることはないという発想があった。財産的権利を主軸にした理論であったことは否定できず、そうしたことから、非財産的権利について既得権の定義を

<sup>539</sup> François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>e</sup> éd., A. Chevalier-Marescq, 1889, p. 489. なお、第二版（T. II, LGDJ, 1919, p. 111）も記述に変化はない。

<sup>540</sup> 第四章第二節第二款を参照。

単純に当てはめることは、そもそも困難であった<sup>541)</sup>。定義どおりに一貫し得ないことも、この意味では当然である。

だが、古典学説は、権利に対する所有権という発想を他の領域にも及ぼすことによって、新法からの保護を根拠づけようと理論的な努力をしてきたと見ることはできないだろうか。こうした見方があり得るとすれば、概念の論理的矛盾に向けられたヴァレイユ・ソミエールの批判は多少強引であり、ある意味では学説史を無視している側面も否定できないように思われる。

第三に、遡及の問題と正義の問題が混同されたとの批判についても、真実の一端を突いてはいるものの、これまでの学問的営為の意義を軽視しているのではないかとの疑問が生じる。

確かに、19世紀前半の論者においては、問題の混同が見られた。例えば、メレール・ドゥ・シャサの次のような説示は、このことを端的に物語っている。

「自由、安全、所有は、人間の最も重要な自然的財産であって、民事的法律がこれらの概念を個人的権利とし、その行使を市民すべて（*tous les membres de la cité*）に保障した日から、取消し得ないものとして取得された権利（*droits irrévocablement acquis*）となった。」

「法律は、人間から自由、安全、所有を奪うことはできない。というのも、これらを守り、かつ、最も効果的にこれらを享有できるようにするために、人は法律の支配下にその身を置いたからである。したがって、人間にとって、自由、安全、所有は既得権（*droits acquis*）であり、時効によっても取引によっても奪うことのできない権利（*droits imprescriptibles, inaliénables*）であり、民事的法律は、そのようなものとして、すなわち永久不滅のものとして確立し保護しており、遡及することなくして侵害することはできないのである。だが、こうした権利の行使については常に法律に服しており、適法に行使するための所定の条件が満たされた場合にしか、現実には既得とはならない。」<sup>542)</sup>

しかしながら、法律の不遡及原則は、それが民法典2条に規定された当初から、法律の効力の本質的限界を時間の側面から捉えることによって導かれる立法原理の一つとして位置づけられていたのではないか。起草者であるポルタリスが2条の趣旨説明をした際には、立法権の本質論および「市民の自由（*liberté civile*）」を確保するために必要な法的安定性の要請に基づき不遡及原則が根拠づけられ、そして、それは「立法者に対する準則（*précepte*）」という意義もあることが指摘されていた。その上で、19世紀の学説は、新法には旧弊の改善という側面もあることから、その効力を過度に阻害しないようにと、不遡及原則の射程を適切に枠づけるために既得権論を打ち立て、改鑄しながらも維持してきたのである。

また、現実的には、ヴァレイユ・ソミエールが指摘したように実際には遡及効だけでなく「正義、自然権、主権の一般的義務」もが不遡及原則の下で論じられていたとしても、

<sup>541)</sup> Cf. Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977, p. 9.

<sup>542)</sup> A. MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, T. I, 1832, *op. cit.*, p. 198 et 199.

後者の侵害を争うための手段が他にどれだけあったのであろうか。憲法裁判所はなく、そもそも憲法それ自体が幾度も変わり、政治的文書のように捉えられてきた19世紀のフランスにあっては、むしろ、そうした状況下においても人一般の権利を保障するための試みとして既得権論が論じられてきた側面があるのではないか。

もちろん、以上の三点の指摘は、ヴァレイユ・ソミエールの所説の内容的誤りを意味するものではない。だが、特に第三の点は、次章での取り上げる公法の時間的効力の問題とも関係してくることになる。





## 第四章 フランスにおける公法の時間的効力

本章では、19 世紀から 20 世紀前半までのフランスにおける公法の不遡及原則について分析する。まず、序論において、前章とのつながり、すなわち、民法典 2 条の不遡及原則と公法との関係を明らかにして、本章における問題の所在を確認する。その上で、本章では、公法に属する法律として、警察規制を始めとする公序に関する法律の時間的効力と、政治的法律の時間的効力を取り上げつつ、これらとの関連において形成された公法学説の理論的分析に取り組むこととする（こうした課題設定の理由については、序論で述べる）。特に、前者の法律に関しては、公法に対して既得権を主張できるのか否かの問題について、後者の法律に関しては、公法は既得権を生じさせるのか否かの問題について、それぞれ検討する。



## 序論 民法典 2 条と公法の時間的効力

### 1. 公法における不遡及原則の否定

前章では、民法典 2 条の制定過程を明らかにした上で、主に私法学者の文献を中心に、民法典 2 条の不遡及原則に関する学説史の分析を行った。2 条は法律一般の時間的効力に関する規定であるため、これに基づき提示された理論も民法の時間的効力のみを想定したものではない。とはいえ、私法学者の実践的関心の所在に目を向けるならば、民法の諸問題の検討が中心であったことは否めない。では、19 世紀、公法の時間的効力はどのように解されていたのであろうか。

まず、19 世紀の公法文献においては、法律の不遡及原則について言及されること自体が希であった<sup>543</sup>。このことが既に、消極的な形ではあるが、公法独自の議論の必要性が感じられていなかったことを示しているかもしれない。また、例えば、オーコックは法律の適用・解釈一般を論じる中で不遡及原則に言及していたが、やはり、公法独自の議論はなされていない。すなわち、議会が遡及立法を制定することは可能なのであるから、明文規定がない場合において、「立法者は市民の身分についてや市民の財産についての市民の既得権 (droits acquis par les citoyens) を侵害しようとしたと推定され得ない、という意味でのみ、〔不遡及原則〕は理解されるべきである」<sup>544</sup>。オーコックは、(伝統的な) 私法学説と同じように既得権論に依拠しており、特に説明はないままに、公法においても既得権論が妥当するかのよう述べていたのである。

しかし、これに対して、私法学説の見解は非常に対照的であった。民法典 2 条は「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない。」というように一般的な文言でもって規定しているにもかかわらず、19 世紀の私法学者は、ほぼ一致して、公法における 2 条の適用可能性を否定していたのである。ここでは一例として、19 世紀中頃の判例・学説を客観的・典型的に記述していると思われる文献であるダローズの『法律百科事典〔新版〕』(1853 年)の中で、公法の時間的効力に関係していると言っている部分を見てみよう。

第一に、公序良俗 (l'ordre public et les bonnes mœurs) に関する法律について不遡及原則は妥当しない。なぜなら、「〔①〕新法が即時に適用されることは一般利益の要請であり、〔②〕秩序を乱すこと、良俗を損なうことは誰も維持し得ず、〔③〕国家の最大幸福 (le plus grande félicité) に対して既得権は存在せず、また、公序の法律が直ちに執行されることについて市民には等しく利益があり、したがって、同時的かつ市民を区別することなく新法を執行するよう命じられていると推定すべきなのである

<sup>543</sup> フカールによる公法の概説書では、立法権を扱う章の中で法律の公布や廃止について説明されており (Émile-Victor FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Videcoq, 1843, p. 79 et suiv.)、このこと自体が当時は例外的であったが、それでも、時間的適用範囲や遡及効の問題は扱われていない。

<sup>544</sup> Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Dunod, 1885, pp. 87-88.

から、〔公序良俗に関する法律〕は、過去を規律するのである」(番号は筆者挿入)。

第二に、選挙法を典型例とする政治的法律(*loi politique*)についても、同じことが妥当する。「国家の構成(*constitution de l'État*)、諸権力の組織化、市民的権利の付与と行使が問題になる場合、新法の実現が少しでも遅れることは致命的であり得ることから、不遡及原則は適用されない。立法者は遡及させようとしたと推定されるのである」<sup>(545)</sup>。

前者の公序良俗に関する法律については、具体例として、出版規制や建築規制、森林法制(家畜の放牧の禁止)が関係する事例が挙げられていた(加えて、市場の利用に関する入市税の事例)。つまり、専ら公序に関する法律が念頭に置かれており、そして、その中で時間的効力が問題となる代表例は警察規制立法なのであった。19世紀には、こうした法律と後者の政治的法律については典型的に不遡及原則が妥当せず、過去をも規律すると説かれたのである。その理由として、何れにおいても新法が即時に適用されるべきことが要請され、特に前者に関しては、既得権が存在し得ないことも指摘されていた。

19世紀の私法学説が不遡及原則を既得権論によって理解していたことからすると、さしあたり、ここでは、公序に関する法律との関係においては既得権を否定するという見解が注目されるであろう。では、公序とは何であるのか。まず、この点について一瞥しておこう。

## 2. 公序に関する法律とは？

公序良俗に関する法律については、フランス民法典6条が規定している。すなわち、「公序良俗に関する法律は、個別的合意によってこれを破ることはできない(*ne peut déroger*)」<sup>(546)</sup>。この規定は個別的合意との関係における法律の効力について定めるものであり、時間的効力に関する規定ではない。しかし、過去の個別的合意であっても新法によって覆されるのだとすれば、時間的効力について一定の含意がある規定ということになる。

では公序とは何であるのかというと、実は、この概念には曖昧な部分があり流動的でもあって、フランスの立法・学説により明確に定義されてきたわけではない。ここで一例を挙げれば、ドゥモロンブは、6条規定の基本的意義として、「個人は純粹私法を破ること(*déroger*)ができる一方で、公法(*droit public*)に対しては、いかなる放棄・違反もすることができない」と述べていた。ここでは、公序が公法に言い換えられていることが注目される。そして、公法とは、「直接あるいは間接に、一般利益、つまりは公益を目的とするもの」

<sup>545</sup> DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, , Nouvelle édition, T. 30, 1853, p. 100, V° « Lois. Chap. 4 – De la rétroactivité des lois » (n°s 182-384, pp. 97-161). なお、本文引用の説示では、メレール・ドゥ・シャサ(MAILHER DE CHASSAT)およびデュヴェルジエ(DUVERGIER)が参照されているが、特に、デュヴェルジエがほぼ同旨のことを述べており(後述)、これを下敷きにしたと思われる。

<sup>546</sup> フランス法における公序良俗論についての邦語文献としては、参照、後藤巻則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」法律時報65巻2号(1993年)80-84頁、難波譲治「フランスの判例における公序良俗」法律時法65巻3号(1993年)87-92頁。

である<sup>(547)</sup>。

このように、明確な定義は困難であると受け止められていたものの、公序については、広い意味での公法が念頭に置かれていたと思われる。実際、ここに、国家の政治的構成に関する憲法、治者と被治者との関係に関する政治法ないしは行政法が含まれることについては、一般に、どの論者も異論なく認めていた。もっとも、民法典の一規定の解釈が問題となっており（したがって、民法の概説書で論じられており）、しかも典型的には私的契約などの効力が問題となることから、民法典や民法に関する諸規定の公序性が議論の主たる関心ではあった。ただ、そうではあっても、公序に関する規定であることの説明にあたっては、やはり、それが広い意味での公的性質を有していることが重要であった。例えば、ドゥモロンブは、親権に関する規定については次のように説明した。

すなわち、親は子に対する親権を放棄することはできない。なぜなら、親子関係は、「社会を組織化する法律 (loi d'organisation social)」によって規律されるものである。「社会とは家族であり、家族すべての結合である」からである。然るに、「各人に対してその地位 (position)、いわばその社会的・法的な役割を立法者が主権的かつ絶対的に配分することがなければ、混沌と無秩序しか存在しないであろう」。「したがって、婚姻、家族、人の地位と能力についての法律は、最高度に社会の構成そのものに関係しており、そうした観点からは本質的に公法に属しているのであって、個人はそうした法に反することはできない」<sup>(548)</sup>。

この説示からすると、公序に関する法律とは、社会と直接に関わる法律、社会という存在の維持にとって不可欠なものと位置づけられ得る法律を意味している<sup>(549)</sup>。公序に関する法律は、このような意味で、実質的には公法に属するものと位置づけられてきたのである。

そうであるとすれば、当然、公序に該当するものは民法典の諸規定に限られない<sup>(550)</sup>。この点、例えばオブリーとローは、警察法律 (loi de police) を例示していた。ここでの警察法律

<sup>547</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. I, édition originale revue par l'auteur, Decq, 1847, p. 15.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>549</sup> この点については、参照、Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Maurice HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., L. Larose et L. Tenin, 1907, p. 241. なお、同書同頁では、民法典の起草者の一人であるポルタリスが、「公法」とは「個人よりも社会に直接に関わる」法律であるとの理解を何度か示しており、したがって、民法典の起草者にとって公序の概念は明確であったと述べられている。

<sup>550</sup> 公序良俗に関する法律の時間的効力について、19世紀前半においては、民法典の諸規定が主に念頭に置かれていた。そして、道徳や公序等に関する法律は過去の事実を規律するが、固有の意味で遡及しているわけではないと説かれた。すなわち、「それがなければ法律から事実上あらゆる権威、長期的かつ強制的であるという実際の性格が失われてしまうであろう一般諸原則を、あらゆる法律から先在する基礎として、また法律規定の中に含まれているものとして認めることは、本質的に、良き立法である」。そのため、忘れられていた古い原則と新法の規定を結びつけたり、あらゆる人間社会と不可分の秩序・理性に関する原則を援用するといった方法があるが、これは法律を遡及させているわけではない、というのである (Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, T. I, Nève et Videcoq, 1832, p. 135)。

こうした説示において前提とされていたのは、民法典の一定の条項はその施行前の事実に対しても適用され得るのではないかと、という問題であった。後見人による未成年の子の財産管理に関する規定が例示されており、実際にも、破毀院は、民法典を適用してその施行前における子の財産の売却につき売買契約を無効であると判断していた。つまり、メレール・ドゥ・シャサにおいては、民法上の公序良俗に関する規定は、強行規定として過去の事実にも適用され得ることが論じられていた。

とは、「人や財産の安全あるいは良き秩序の維持を目的とする全ての法律であり、禁止規範か命令規範かは問題でなく、また、刑事罰の裏づけがあるか否かも問題ではない」と定義されている<sup>(551)</sup>。こうしてみると、やはり、公序に関する法律で民法以外の法分野のものとしては、警察規制立法が挙げられる。そして、これはまさに、現代においても歴史的にも、公法に属する法分野の典型である。

さて、こうした公序に関する法律については、19世紀中頃、デュヴェルジエが、「市民らの安全の保護を目的としており、かつ、都市の治安を維持するためのものである」ことからして、過去に対しても影響を及ぼし得ると説いていた。その際には、出版規制立法（1828年法による定期刊行物の規制）を念頭に置きつつ、「不遡及原則に反しないようにと、秩序を乱すこと、良俗を害することを維持するのは不合理であろうし、市民に対する危険、国内の混乱をそのままにしておくのも不合理であろう」<sup>(552)</sup>と解したのであった。

したがって、公法の時間的効力の研究のためには、まず、警察規制立法を取り上げて検討する必要があるものと思われる（**第一節——警察規制立法の遡及効**）。

### 3. 政治的法律とは？

先に引用したダローズ『法律百科事典』においては、もう一つ、政治的法律にも不遡及原則が妥当しないと説かれていた。実は、政治的法律（loi politique）についても、民法典に関連する規定がある。すなわち、民法典7条は、「私権（droits civils）の行使は、政治的権利（droits politiques）の行使とは独立に行われる。政治的権利は、憲法・選挙法にしたがって獲得され保持される。」と定めている。また、8条によると、「およそフランス人は、私権を享有する。」。

このように私権とは区別され、かつ、特別の法律によって規律されるものとして「政治的権利」が位置づけられている。19世紀において、この「政治的権利」は、選挙権・被選挙権、公職就任権、陪審参加権など、広い意味での参政権を指すものと解されてきたようである<sup>(553)</sup>。

先の引用においては、政治的法律の具体例として、国家の構成、諸権力の組織化、市民的権利の付与と行使に関する法律が挙げられていた。この中で、前二者に該当すると思われる国の組織法については、新法が直ちに適用され、旧法上の組織が解体されることに異論はないと思われる。むしろ、こうした法律の時間的効力をめぐって問題が生じたのは、選挙権のように、市民に対して一定の権利や能力が付与されていた場合における新法の時間的適用範囲であった。この点は先の引用においては若干曖昧であったが、デュヴェルジエの説示からは、問題の所在がより明確になる。

<sup>551</sup> Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Cosse, Marchal, 1869, pp. 117 et 81.

<sup>552</sup> Jean-Baptiste DUVERGIER, « De l'effet rétroactif des lois », *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 6.

<sup>553</sup> これらについては、私権＝市民的権利に着目する論稿であるが、参照、大村敦志「私権と droits civils に関する覚書」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相・下』（有斐閣、2013年）3-29頁（特に14頁以下）。

「国家の構成、政治的権利の組織化、公民権の付与や行使に関する場合には、新しい考え方の実現を多少なりとも遅らせることは致命的であり得る。しかも、誰もが知っているように、憲法が市民に対して特権や一定の能力を与えとしても、それは直接的には当該個人を利するためではなく、すべての者の利益のためなのである。したがって、政治的秩序においては、誰も自身の立場(condition)が不変であると考えることなどなかった。誰もが、変化は必然であることを想定して、それを甘んじて受け入れる覚悟が予めあったのであり、そうであるべきなのであった。」<sup>(554)</sup>。

ここでは、一定の特権・能力であっても、個々人の私的利益ではなく専ら全体の利益を目的としていることを理由にして、常に変化を被らざるを得ないと説かれている。例えば、選挙権ないし被選挙権について資格を変更する法改正があった場合、それ以前には有資格者であり投票権を有していた者でも法改正により当該権利は失われ得る、ということである。もちろん、政治的権利が直ちに法改正の影響を受ける（つまり、政治的法律は直ちに適用される）としても、デュヴェルジエによれば、「制度変更に際して、ある制度の下での既成事実、既遂行為が修正されることは全くない」ようである。そのため、当然のことではあるが、新法によってある者には選挙資格が認められないことになっても、その者が関与した過去の選挙が無効になるわけではない。

このように、政治的法律に不遡及原則が適用されないと説かれるとき、それは、以前は有していた一定の政治的権利ないし能力であっても新法により失われ得る、ということの意味していた<sup>(555)</sup>。こうした意味で政治的法律には不遡及原則が妥当せず、遡及効を理由にして新法の適用を斥け得ないことについては、確かに異論を唱える者はいなかった。そうすると、政治的法律の時間的効力については、何も問題は生じないように思われるかもしれない。ただ、事は単純ではなく、不遡及原則の否定には一定の含意があった。

というのも、デュヴェルジエの説示からも示唆されるように、政治的法律による権利や能力の付与は、「当該個人を利するためではなく、すべての者の利益のためなのである」と考えられた。この理解を古典的な既得権論と対比させるならば、極めて対照的な結論となる。一定の権利に対する所有を観念することによって当該権利が他者から奪われ得ないことを導くのが既得権論の根本的観念であったが、政治的法律に基づく権利や能力が私的利益のために付与されるものではないと解するならば、これらに関して既得権が認められる余地はなくなるのである。確かに、例えば一度認められた選挙権が既得権になり、もはや新法によっても変更できないなどと主張されたことはなく、新法が直ちに適用されるという結論について争いはなかった。その意味で、議論は専ら理論的な次元に位置づく。すなわち、政治的法律との関係においては、一度認められた権利や能力であるとしても法的保護を受けず自由に変更・廃止できてしまうのであろうか。政治的法律との関係における市

<sup>554</sup> J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, p. 5.

<sup>555</sup> 民法の概説書においても、憲法・政治的権利の享有や公職の適性要件に関する法律については、不遡及原則ではなく、新法の即時適用が原則であると説明していたものもある。Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Cosse, Marchal, 1869, p 61.



民の法的な立場は、一切がその時々法律に依存するのであろうか。

つまり、政治的法律の時間的効力の問題の背後には、公法との関係において個人を法的にどのように把握し、その法的な関係をどのように理論的に構成するか、という問題が潜んでいたのである。

したがって、公法の時間的効力の研究のためには、次に、政治的法律を取り上げつつ、公法関係の理論的構成という課題について検討する必要があるものと思われる(第二節——公法学説の時間的効力論)。

## 第一節 警察規制立法の時間的効力

序論で述べたように、19 世紀において公法の時間的効力が問題になっていたと位置づけられる論点の一つに、公序に関する法律の時間的効力を挙げることができる。そして、その代表的な法分野としては警察規制立法があり、これについては、序論で引用したように、私法学説によって不遡及原則が妥当しないと解されてきた。ただ、実際には、警察規制立法の時間的効力についても、19 世紀前半には出版規制立法をめぐる議会と裁判所において議論となり、また、19 世紀後半から 20 世紀初頭にかけては建築規制立法をめぐる学説と裁判所で議論が重ねられた。

では、私法学説において民法典 2 条の不遡及原則につき既得権論が展開された一方で、公法に属すると位置づけられるように思われる警察規制立法について、その時間的効力はどのように解されたのであろうか。警察規制立法に対しては不遡及原則が妥当しないということは、どのような事実関係において何を意味していたのであろうか。

本節では、こうした問題をめぐる議会や裁判所での議論を分析する。その目的は、19 世紀の公法をめぐる実際的な議論状況を把握すること、公法に関する問題の所在を具体的事例を踏まえて明らかにすることにある。その上で、私法学説が 19 世紀を通じて打ち立てた既得権論と対比させてみた場合において、警察規制立法の時間的効力論の特徴、とりわけ、既得権はどのような位置づけが与えられ又は与えられなかったのかを明らかにする。

以下では、出版規制立法（**第一款**）、建築規制立法（**第二款**）を取り上げた後、20 世紀初頭に下された行政裁判所の判決を取り上げて検討を行うこととする（**第三款——警察規制立法と既得権と既得権**）。

## 第一款 出版規制立法——公法の時間的効力論の議論枠組み

フランスにおいて、出版の自由とそれに対する規制には複雑な沿革がある<sup>(556)</sup>。おそらく、制度改変の度に新法の時間的適用範囲をめぐる問題が生じたことと推察されるが、本款では、規制立法史や各規制立法の仕組みについては取り上げず、二つの議論に考察対象を限定する。そこでは、新たな規制立法の遡及効が大きく争われたからである。一つは、出版者に対する新たな義務づけをめぐる議論であり（第一項）、いま一つは、許可制の導入をめぐる議論である（第二項）。これらの議論の分析を通じて、公法の時間的効力を論じる上での議論枠組みの明確化し、特に遡及効の概念の構成要素を抽出する（第三項）。

### 第一項 事実的遡及と法的遡及

#### 1. 1828 年法案

出版規制立法をめぐるのは、第一に、1828 年 7 月 18 日の法律<sup>(557)</sup>の法案審議に際して、議会では、ある規定には遡及効があるのではないかをめぐって論戦となった。この法案自体は、それまでの許可制を廃止して出版を届出制にするとともに、一定の遵守事項を定めるものであった。そのため、この法案については、事前規制の是非といった出版活動にとっての重大問題に関連して、その時間的効力の問題が生じたわけではない。以下で取り上げるのは、一見すると些細な規制のようにも思われる次の規定をめぐる議論である。

**法案 9 条 1 項** 既存の定期刊行物の経営者に対しては、前条までにおいて定められた要件を満たす 1 ないし 3 人の責任者を選任するために、および、第 6 条が定める届出をするために、本法の公布の

<sup>556</sup> フランスにおける出版規制に沿革については、参照、山本桂一「フランスにおける表現の自由（一）」国家学会雑誌 70 巻 11・12 号（1956 年）881-894 頁。

大革命とともに出版の自由が認められたものの（権利宣言 11 条）、苛烈な政治的表現が問題視され、制限する方向へと向かった。共和暦 3 年憲法は出版の自由を掲げたが法律による制限の余地をも認めたことを受けて、規制法令が幾つも制定された。1811 年には定期刊行物が国営化されたことで、出版の自由は完全に失われた。その後、ナポレオンの陥落により 1814 年憲章において出版の自由が再宣言されたが、情勢は安定することなく、1817 年には定期刊行物につき許可制が設けられた（一度目の許可制）。1819 年には届出制へと規制が緩和されたものの、1820 年 3 月 31 日の法律と 1822 年 3 月 25 日の法律は許可制を復活させた（二度目の許可制）。その後、1828 年、政府は検閲を復活させようとする法案を提出した。これは議会で反対に遭って廃案となり、1828 年 7 月 18 日の法律では許可制が廃止されて届出制とされた。出版規制の機に生じた 7 月革命を経て、1830 年には、検閲の禁止を 1814 年憲章に追加することで出版の自由が保障されるようになり、それを具体化する法律によって許可制も撤廃された。だが、政府・国王に対する出版による政治的攻撃が強まった。憲章により検閲が禁止されていたため言論の自由は維持されたものの、1835 年 9 月 9 日の法律により許可制が復活した（三度目の許可制）。

なお、2 月革命の後、1848 年には 1835 年法は廃止された。だが、直ちに出版の再規制へと向かい、一定内容の言論が処罰の対象とされた。第二帝政になると、1852 年、またも定期刊行物について許可制が設けられたが、帝政末期の 1868 年には許可制は廃止された。最終的に、出版の自由は 1881 年 7 月 29 日の法律によって確立された。

<sup>557</sup> Loi du 18 juill. 1828 sur les journaux et écrits périodique, S. 1828, II, pp. 253-255.

日から3ヶ月の期間が与えられる。

この規定をめぐっては、既存の出版者に対して新たに発行責任者の選任を義務づけるとすれば、そこには遡及効があるのではないかが問題とされた。ある意味では素朴であるが、しかし、遡及効とは何かという基本的な問題が提起されたのである。

## 2. 議会での論戦

まず、1828年法案に対する議会での審議の中で、9条1項の時間的効力に関しては、ベンジャミン・コンスタ（Benjamin-Constant）が次のように批判した。その説示は、現在でも、具体的文脈からは切り離された形ではあるが頻繁に引用される程に有名なものである。

「遡及効（*rétroactivité*）とは、法律が犯しうる最大の侵害行為（*attentat*）である。遡及効は社会契約を破り、社会が個人の服従を求めるために必要な条件の破棄である。というのも、そうした服従と引き替えに社会が保障した保護——服従はこのために必要な犠牲である——を、社会が奪ってしまうのである。遡及は、法律を法律でなくしてしまう（*ôte à la loi son caractère*）。遡及する法律は、法律ではない。」<sup>(558)</sup>

では、どこに遡及効があると見なされたのか。この点、9条1項の原案に対しては、「当該選任は、経営者または株主の過半数によってこれを為すことができる。」との規定を追加すべきとの提案（Duvergier de Hauranneによるもの）に関する審議において、以下のように議論<sup>(559)</sup>となった。

法案の反対派（法案に反対、修正案には賛成）は、出版者の設立時には個別の発行責任者は必要とされていなかったため、9条1項は、会社契約（*contrat de Société*）の変更を迫るものであり、その意味で契約内容に介入するものであると批判した。しかも、責任者について期限内（当初は3ヶ月であったが6ヶ月とする修正案が既に可決された）に株主の同意を得られなければ、出版者は解散しなければならなくなる。この点、反対派は、株主が海外在住である場合には期限内に同意を得られない事態が想定されるし、敵対企業や政府が株を購入してしまうと同意を得るのが不可能となってしまうかねないが、政府はこのような方策で不都合な出版者を消滅させようとする意図があるのではないかと考えた。ただ、政府が画策しかねないとの懸念については、出版の自由が認められており（許可制ではない）、新たな出版者の立ち上げが可能であることから、政府がそうすることに意味はなく、懸念は現実的ではないと反論された。

反対派の主張に対する反論としては、まず、内務大臣（法案に賛成、修正案には反対）が、本条の規律対象を混同すべきでないと説いた。「公益との関係における侵害」と「出資者との関

<sup>558</sup> *Le Moniteur universel*, n° 153, 1<sup>er</sup> juin 1828, p. 755.

<sup>559</sup> *Le Moniteur universel*, n° 166, 14 juin 1828, p. 851 et suiv.

係における侵害」とを区別すべき、ということである。すなわち、「法律が公益上において新たな条件を命じることができる点については、明白である。〔中略〕だが、出資者間における法律所定の形式を履行するための手段となると、立法者が考える問題ではない。それは会社の関心事であって、法律は、出資者に対してその権利の自由な行使の余地を残しておかなければならない」。したがって、発行責任者の選任の義務づけは公益上の問題であって許されるが、出版者内部における選任のあり方は私的事項であって立法的介入は許されない、と主張された。

もっとも、それでも公的介入それ自体の問題は残るであろう。そこで、反対派の中には、上記のベンジャミン・コンスタによる批判のように、出版者に対して新たに発行責任者の選任を義務づける法律には遡及効がある、という論拠を持ち出す者が現れたのである。この点、モガン（Mauguin）は次のように批判した。

「確かに、法律は新聞発行人に対して必要な保証責任を求めることができる。だが、現在置かれている状況に何らかのことを必要とすることで、……遡及効があってはならないという全ての法律を支配する不変の原則を侵害するのである。」

### 3. パルドウシュの反論

こうした批判を受けて、法案の賛成者としては、遡及効の主張に対して反論する必要性が生じた。そして、その際、出版規制立法に限られず遡及効の問題一般にも通じる反論がなされたことが極めて注目に値する。破毀院判事で商法学者でもあるパルドウシュ（Pardessus）<sup>560</sup> が、遡及効の意味を区別すべきであると次のように指摘したのである。これもまた、今なお引用されることがある程に有名かつ重要である。

「本条は、既存施設と国家・公衆との関係を対象としているだけであり、当該国家・公衆の利益にとって必要な保証措置（mesures de garantie）を既存施設に義務づけるためのものであるため、遡及効はない。〔中略〕

警察法律、公益上の保証措置（garantie）を設ける法律は、言葉の文法的意味においては必然的に遡及する。というのも、その制定当時に存在する人・施設、当該保証が存在していなかった法秩序の下で生まれた人、その下で創設された施設を名宛人とするからである。だが、それは、法律用語において遡及効と言われるものではない。これまで義務を課されていなかった人に対して立法者が公益上の新たな義務を課することができないとすると、政府、社会警察はあり得なくなってしまうで

<sup>560</sup> PARDESSUS (Jean-Marie) (1772-1853)は、フランスの旧体制下での王制と結びつきのあるブルジョワの一家に生まれ、1793年から弁護士、1802年から裁判官補、1807年から1811年まで立法院の議員を務めた。1810年にパリ大学法学部で商法の講座が設けられた際、その正教授の職に就いた。王政復古を歓迎し、1815年には代議院の議員に選ばれ、1830年の7月革命まで務めた。議会では右派ではあったが、独自の立場を貫いた。この間の1821年には、破毀院判事にも任じられた。7月革命に際しては新たな国王への宣誓を拒んだため、教授と破毀院判事の職をともに解かれたが、その後も執筆活動を続けた。

あろう。政治的法律 (lois politiques) はすべて遡及する。というのも、それは既存の制度と新制度とを置き換えるが、旧制度の下で生まれた人々を後者に従わせるのである。」

パルドウシュによれば、こうした観点からすると、第一に、反対者が法案の遡及効を批判することには矛盾がある。法案 1 条はそれ以前の許可制を廃止して出版の自由を規定したのだが、こうした独占の廃止は、旧法下で刊行された出版物の経営者にとっては不利益となるはずではないか。だが、出版の自由化について、そこに遡及効があるとして非難されることはなかった（もっとも、この点、出版自由化に限って言えば既存の出版者にとっても好ましい制度であり得るし、法案も実際にはそうであることをパルドウシュも認めている）。ただし、第二に、本条に対して提案された修正案（発行責任者の選任は株主の過半数によって可能とするもの）については、「それは、まさに遡及しており、合意された拘束的な条項を破棄するものである」。こうして、パルドウシュは修正案に反対したのであった。

結局、他にも幾つかの修正があったものの、9 条 1 項は可決された。ここで重要なのは、結果よりもパルドウシュの所説、とりわけ、遡及についての文法的意味と法的意味との区別である。ある法律より前からの存在に対して当該法律を適用するとしても、文法的意味で遡及しているに過ぎず、そうした形での新たな警察規制が法的意味において遡及しているとは解され得ないと説かれた。ここには、遡及効が問題視される場合には往々にして前者の意味が念頭に置かれており、法的議論になっていないという意味合いがあるようにも理解できる。とはいえ、法的ではないとしても、ある意味では警察規制の新設には遡及効が伴うことをパルドウシュも認めていたと思われ、その限りでは、同時代的な前提が共有されていた。

ところで、パルドウシュは、会社の意思決定に関する既決の契約条項を変更するものであった法案修正案には遡及効を見出していた。そこで、法的意味での遡及が何であるのかが肝心であるが、この点は、あまり明確には述べられていない。おそらくは、既得権の侵害であると理解されていたものと思われる。というのも、その説示の中には、「しばしば、立法者は民事法律の新制度を導入し、旧制度の下で行われた行為、既得権 (droits acquis) を将来的には新制度に従わせている」と述べている部分があるからである。そうした新法の例としては、フランスで 1798 年に現行の抵当権制度が導入されて公示が必要となった際、旧法下で権利を取得した債権者についても 6 ヶ月以内に登記をすべきものとされたことを取り上げている。そして、「もし、以前の抵当権が登記されていないために無効であるとされたならば、法律は遡及していたことであろう」と理解していた。

ただ、その一方で、警察規制立法が既存の施設等に対しても適用され、そこには法的意味で遡及効はないという見解は、規制立法と私人との法的関係についての一定の立場にも支えられていた。パルドウシュは、前記引用の説示において、法案の 9 条 1 項は「既存施設と国家・公衆との関係を対象としているだけ」であるから、「当該国家・公衆の利益にとって必要な」措置を新たに義務づけることは可能である、と述べていたのである。さらに

は、「これまで義務を課されていなかった人に対して立法者が公益上の新たな義務を課することができないとすると、政府、社会警察はあり得なくなってしまうであろう」とも述べていた。

こうしてみると、文法的意味では遡及効があっても法的意味での遡及効ではないことがある、と説かれるとき、そこでは評価軸が異なっているように思われる。文法的意味での遡及効は、法律規定の作用対象事実の時間的位置づけに依拠しているが、法的意味での遡及効は、当該作用の法的評価に依拠しており、それが公益あるいは公的關係（国家や公衆との関係）を規律する場合には、法的には遡及性が否定されることになるのである。こうした理解にあえて既得権を関連づけるならば、おそらくは、公益あるいは公的關係においては既得権の存在を否定するということであったのかもしれない。ただ、法律の規律事項の法的性質によって典型的に既得権の存在が否定されてしまうとすれば、もはや論じる余地はなくなるであろう。

## 第二項 一回的事実と継続的事実

### 1. 1822 年法の遡及効

出版規制立法をめぐっては、第二に、新たな出版規制ということではより大きな規制効果がある許可制を設けた新法の適用をめぐって、遡及効の有無が裁判において争われた。新たに許可制を導入するにあたっては、旧法下でなされた発表・販売等が新法の下ではどのように扱われるのか、新法後は許可を得なければならないのか、という問題が生じたのである。

こうした問題が実際に争われた最初の事例は、それまで出版が届出制であったのを許可制とした 1822 年法の適用をめぐってであった。

1822 年 3 月 25 日の法律<sup>(561)</sup>

12 条 版画彫りや石版彫りの図画 (dessins gravés ou lithographiés) を、政府による事前の許可を得ないで発表、販売や発売、展示、頒布した場合には、3 日から 6 月の懲役および 2 フランから 500 フランの罰金に処する。この場合、図画の題目を原因とする訴追は妨げられない。

破毀院では、1822 年法 12 条の対象となる図画がそれ以前に販売されていた場合における同上の適用の可否が争われた事案において、当初、その適用が否定されていた<sup>(562)</sup>。

「〔1822 年 3 月 25 日の法律 12 条〕は、3 月 25 日の法律より後になされる発表、販売、発売および展

<sup>561</sup> Loi du 25 mars 1822 relative à la repression et à la poursuite des délit commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, S. 1822, II, pp. 121-123.

<sup>562</sup> Cass. crim., 17 janvier 1823, *Engelmann et Thierry*, S. 1822-1824, p. 185.

示にしか関係することはない。それ以前の発表、発売および頒布は、それらがなされた際の法制度になおも服する」。したがって、本件において新法を適用した原判決は、「規定のどこにもない遡及効を法律に与えたのであり、したがって、法律の条項および精神に反した」。

このように、19 世紀の初めの四半世紀においては、新法はそれ以前になされた出版活動に対しては将来的にであっても適用されないと解されることがあった。そうすると、第一項では 1828 年法案の一規定の遡及効に関する議論を取り上げたが、当時においては、既存の施設や活動に対する新法の適用には遡及効があるとの見解は十分に成立し得たのかもしれない。

## 2. デュパンの批判

前記 1822 年法の許可制は 1828 年に廃止され、図画等の発表は自由になり、罰則付きの遵守事項の義務づけがあるだけであった。だが、1835 年法により、図画等の発表・展示・発売が再び許可制となった。

1835 年 9 月 9 日の法律<sup>563</sup>

20 条 　いかなる図画 (dessin)、いかなる彫刻 (gravure)、石版画 (lithographie)、メダル (médaille)、版画 (estampe)、いかなる紋章 (emblème) も、その性質や種類にかかわらず、パリにおいては内務大臣、その他の県においては知事による事前の許可を得ずには、これを発表、展示、発売できないものとする。

違反した場合、図画、彫刻、石版画、メダル、版画、紋章は、これを没収できる。出版者は、軽罪裁判所 (tribunaux correctionnels) により 1 月から 1 年の懲役および 100 フランから 1000 フランの罰金に処する。この場合、上記の発表、展示、発売を原因とする訴追は妨げられない。

1835 年法においても、それ以前の発表等に対する同法の適用が争われた。そして、破毀院は、1836 年の事例において 1823 年判決とは逆の判断を示すことになるのだが、その際に判例変更を導いたのは、同事件における検事長 (procureur général) のデュパン (Dupin)<sup>564</sup>であった。

注目すべきは、デュパンは出版規制立法に遡及効がないことを主張したのであるが、その所説は、客観的に位置づけるならばパルドゥシュを一步進めるものであったと評することができる点である (ただ、明示的には参照されていない)。デュパンが 1828 年法案の審議に議

<sup>563</sup> Loi du 9 sept. 1835 sur les crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publication, S. 1835, II, pp. 433-436.

<sup>564</sup> DUPIN (André-Marie-Jean-Jacques) (1783- ??)は、三兄弟の長男であり、法学教育を受けた後、1810 年にパリ大学法学部の正教授を目指すポストを得ることができず、弁護士となった。多くの重要事件において弁護活動を行った。1826 年から代議院の議員に選ばれ、1842 年まで務めた。裁判所でも議会でも、個人の自由を強く主張した。1828 年法の審議にも加わっていた。1832 年からは破毀院の検事長に任じられ、1849 年には国民議会の議員に選ばれた。1852 年の 2 月革命後、検事長の職を辞任した。



員として加わっており、その際には既に、「遡及効とは常に重大なものであり、まさに、立法に持ち込むことのできる最も危険なものである」と発言していた<sup>(565)</sup>ことも、背景事情として興味深い。パルドゥシュの演説の場にいたはずなのである。こうしてみると、議会での議論が裁判所での事件に引き継がれることになったと位置づけることもできるであろう。

両者の関係性だけでなく、内容的には、デュパンは議論を一步進めている。まず、過去と未来とを区別し、未来については新法の影響を受けるが遡及しているのではないと説いた<sup>(566)</sup>。

「過ぎ去った時、既成事実、もはや新法の影響を受けないということである。公布前になし得たことに新法が及ぶことはない。だが逆に、来たるべき時、今後生じるであろう事実は、常に新法の支配下にある。事実が禁止後に繰り返されることに對して刑罰を結びつけることは、常に立法者の権能に属するのであって、立法者は、警告した後は常に罰することができる。法律は過去の事実による既得権を侵すことはできず、この点について争いはない。だが、その後、後続事実に基づく新たな権利を定めることは常に可能であり、それを禁止することに疑いはない。」

こうした観点から、デュパンにおいても、1835 年法以前になされた発表・発売・展示は、「取消し得ない過去、既成事実、既得権」なのであって、これらに対して新法を適用するのであれば、確かに遡及効があることになる。しかし、販売や展示が 1835 年法より以降にまで続く場合には、新法後に生じた事実として新法の適用範囲内にある、つまり新法は将来に向かって作用するだけであると解された。そして、その最大の拠り所は、事実の反復性の有無であった。このことを、次のように述べている。

「展示は一回的事実 (fait unique) ではない。それは日々の絶えざる事実であり、それが生じる時代の立法者の権力と法律とに何にもまして服する事実である。」

このように、遡及効の問題に関して、一回的事実と反復継続する事実との区別が持ち出された。そしてまた、もう一つの事実類型も観念されていたように思われる。デュパンは、ある法律下で遂行された事実の帰結について後法が変更できないことがあり得ると指摘しつつ、本件はこれに該当しないことを検討していたからである。例えば、婚姻の有効性は、新法によって変わることはない。「何故なら、それは、主たる事実それ自体に内在的で不可避的に生じる帰結であり、初めから事実に含まれていて、事実からは分離し得ない帰結なのである」。これに対して、本件において、「〔許可を必要とはしていなかった〕 1830 年の法

<sup>565</sup> *Le Moniteur universel*, n° 166, 14 juin 1828, p. 853.

<sup>566</sup> S. 1836, I, p. 905 et suiv. これはデュパンの論告や演説を集めた次の文献にも収録されている。DUPIN, *Réquisitoires, plaidoyers, et discours de rentrée*, T. IV, Videcoq, 1842, pp. 379-387.

律の下でなされた発表 (publication) は、それ自体として、展示について不可侵の権利を常に必ず含むわけではない。〔中略〕1835 年法以後の展示は全く新たな事実であり、前者に含まれてはいなかったものである」。

つまり、もう一つの事実類型とは、ある事実と、「主たる事実それ自体に内在的で不可避免的に生じる帰結」とが不可分であるような事実である。これは「不可侵の権利」であるとも述べられているように、既得権を意味していたと思われる。少なくとも、事実の時間的性質のみを考慮して新法の時間的適用範囲が決まるとは考えていなかった。ただ、本件において旧法下での発表によって既得権が生じることがない理由としては、「1835 年法以後の展示は全く新たな事実」であることが挙げられており、やはり、法律の適用対象となる事実の時間的位置づけが重視されるのであった。

なお、デュパンは、以上のような法律の適用対象事実の区別論とは別に、「民事法、政治法 (loi politique) は、将来に向かって、人の能力 (capacité) を常に変更できるというのが原則ではないのか」とも述べていた。この観点からも、許可制を設けた新法の適用を正当化したのである。

### 3. 1836 年のルミエール判決

こうしたデュパンの主張は、破毀院に対して影響を与えた。それが、1836 年のルミエール判決<sup>567)</sup>であり、これは警察規制理法の時間的効力に関して有名な判決である。まず、警察規制も、法律一般と同じく将来に向かってのみ規律することが確認された。

「警察および安全に関する法律は、本質的に、市民による権利の自由な行使と公序良俗という侵すべからざる利益とを調和させるためのものであり、その性質上、したがって明文規定を必要とすることなく、その規定と抵触する〔現在の〕所持および使用であっても、これらに対して適用されることはない (déroger)。そうした所持および使用は既得権となること、そして、かかる法律は所持や使用を為すこと及びそれらから利益を得ることについて新たな規範を示すためだけのものであるため当該権利は法律によって変更され得ないことについては、反対できない。こうしたことから、警察および安全に関する法律は、その公布日から市民を義務づけるのである。」

ここでは、明言こそされていないが、警察規制についても不遡及原則の及ぶことが説かれているものと思われる。破毀院は、警察規制立法は過去をも規律するとか不遡及原則の射程外であると解したわけではないのである。しかも、デュパンと同じく、破毀院は、新法による規制対象の活動を既に行っていた場合には、そこから既得権が生じることをも認めた。したがって、警察規制が問題であったにもかかわらず、不遡及原則に基づき、しかも既得権論に依拠して判断したのである。

<sup>567)</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> août 1836, *Lemière*, S. 1836, I, p. 905. 同旨判決として、Cass. crim., 10 mars 1837, *Le minist. publ. c/ Avauzo et Villedieu*, S. 1837, I, p. 315.

しかし、以上に続けて、破毀院は、過去に行われた活動であっても新法後はこれに服すること、つまり、旧法に従って行い続けられるわけではないと判示した。

「〔本件の 1835 年 9 月 9 日の法律〕 20 条は、……彫刻や石版画の中で、法律以前に届出・登録されたものとそれ以後のものとを全く区別していない。したがって、法律所定の性質を有する事実がその法律の下で生じる場合には、当該法律がすべてを支配する。販売と展示は日々繰り返される事実であり、法律の公布後になされる場合、当然に当該法律に服することになる。法律がそうした事実にあぶことは、公布以前の事実に対して所定の刑罰を適用させるものではないので、法律の不遡及原則に反するものではない。予防的規定（*disposition préventive*）の執行によって何らかの者に生じる損害を、フランス公法の諸原理とは矛盾する遡及効であるとすることはできない。というのも、そうでなければ、立法者は、権利行使や活動の制限ないしは変更、差し迫った社会的必要の充足といったことを、一般利益のために将来に向かって行うことが不可能になってしまう。」

遡及効が「フランス公法の諸原理とは矛盾する」と述べられており、ここでも、警察規制立法であっても不遡及原則が妥当することが確認された。こうして不遡及原則を認めつつも、破毀院は、既存の出版物に対して新法による出版規制（新たな許可制）を及ぼすことに遡及効はないと判断した。なぜなら、新法が「日々繰り返される事実」に対して公布後において適用されるからである。つまり、新法以後に生じる事実のもとより、新法以前に開始してもそれ以後にまで繰り返される事実であれば、それは法律の公布後に存在しているものであると位置づけられ、新法を適用してもそこに遡及効はないと解されたのである。

このように、出版規制の事例においては、事実の性質につき、一回的事実（出版・販売）と反復継続する事実（展示）の区別が示された。ただ、この区別はそれほど容易ではない。その上、ここで反復継続する事実として主に念頭に置かれているのは法律の前後にまたがる事実のことであるが、これに対する新法の適用の可否は、まさに、19 世紀における法律の時間的効力論の核心的問題であった。そして、一定の場合について新法の適用を免れさせるために、学説によって既得権論が構築されてきたのである。

この点、破毀院は、ルミエール判決において、「所持および使用は既得権となる」と述べていた（これは、例えば過去に出版物を販売したこと及びその過去における結果についての説示であると思われる）。デュパンも同様であった。したがって、当時、公法に対しても既得権がおおよそ観念され得なかったわけではないのだと思われる。公法との関係においても何らかの意味で既得権を観念することができ、その侵害が認められたときには遡及効があるものとして不遡及原則に従った判断がなされることになり得たのかもしれない。

### 第三項 遡及効の概念の構成要素

以上を踏まえるならば、警察規制立法については不遡及原則が妥当せず過去をも規律す

る、という序論で取り上げた見解は、正確に言えば、過去に生じたとしても現在まで継続している事実については新法の影響を受ける、ということを説いていたと思われる。そうであるとしても、問うべきは、警察規制立法にどのような時間的効力があることが含意されているのかである。

第一に、過去に生じた事実（過去に生まれた人、過去に設置・開設された施設、過去に開始された事業等）に対して新法が作用していることに着目するならば、警察規制立法には遡及効がある、ということになろう。このように解した裁判例があり、その後も、あえて批判の対象とされてきたことからすれば、1820年代頃までは有力な見解であったのではないかと推察される。

これに対して、第二に、1828年以降は遡及効がないと説かれるようになった。ただ、その理由には二つの仕方があった。まず、パルドウシュのように、法律の規律事項の公的性質という観点から、公益や公的關係（個人や事業者と、国家あるいは公衆との関係）について規律する場合には、法的意味での遡及効を否定するという見解である。

第三に、遡及効を否定するもう一つの立場として、「来たるべき時、今後生じるであろう事実は、常に新法の支配下にある」（デュパン）、「法律所定の性質を有する事実がその法律の下で生じる場合には、当該法律がすべてを支配する」（ルミエール判決）という見解のように、法律の作用対象事実の時間的位置づけに依拠するものである。この観点からは、日々繰り返される事実については、旧法下で開始したとしても新法以後においては「全く新たな事実」（デュパン）として扱われることになり、新法の適用が肯定されるのである。

では、その後の判例・学説はどのような態度をとったのであろうか。警察規制立法の時間的効力については、19世紀中頃以降、建築規制をめぐる多くの紛争が生じ、議論が進展・蓄積していった。そこで、次款では、建築規制立法の事例を取り上げよう。

## 第二款 建築規制立法——既得権の存在をめぐる

フランスでは、革命期に、警察権限は市長が行使すべきとする仕組みが構築された。市町村庁（municipalité）の設立に関する 1789 年 12 月 14 日の法律は、その固有の権限に属する職務の一つとして、「住民に良き警察を享受させること、とりわけ公共の街路、場所および建造物における清潔、衛生、安全および静穏を享受させること」を挙げた（50 条）。また、司法制度の編成に関する 1790 年 8 月 16-24 日の法律は、「街路、河岸、広場および公道における通行の安全および便益にかかわること全て」を市町村の権限に属するものとした（11 章 3 条）。これらによって認められた権限に基づき、市長は、主に警察規則（règlement de police）の制定により、各種の規制を命じることがあった。建築規制も、その一種である<sup>568</sup>。

建築および住宅の衛生に関する警察規則をめぐる裁判紛争は、19 世紀においては主に、その違反につき刑事罰が科されたことを司法裁判所（破毀院）で争うというものであった。行政機関による個別的な警察命令が行政裁判所（コンセイユ・デタ）で争われることもあり得たが、事例は少ない。ただ、その後、行政立法（règlement）に対しても、それは一つの行政行為であって取消訴訟（フランスでは越権訴訟という）が可能であるとの判例が形成されるに伴い、警察規則も、行政裁判所においてそれ自体の取消を求めて争われることとなる（この事例は、第三款で取り上げる）。

建築規制をめぐる膨大な裁判事例があるが、以下では、その時間的効力の問題が争われて判断が示された事例に検討対象を限定する。この点については、破毀院において、19 世紀を通じて一見すると矛盾するかのような判決が下されてきた。結論の相違は、既得権の存否について判断が分かれることがあったことによる（第一項）。だが、建築規則との関係で既得権の存在を認めることは、学説によって強く批判された。公法に属する法令に関する具体的事例を踏まえてその時間的効力と既得権の問題について取り組んだ論者は、19 世紀末以前においては希であっただけに、この批判は注目に値する（第二項）。また、批判の例証のために参照された多くの裁判事例からは、確かに、既得権の存在が否定される場合があったことが分かる。だが、必ずしも常にそうであったわけではなく、既得権の存

<sup>568</sup> 19 世紀前半のフランスにおける建築規制に関しては、参照、吉田克己『フランス住宅法の形成——住宅をめぐる国家・契約・所有権』（東京大学出版会、1997 年）44-58 頁。

なお、吉田によれば、「19 世紀の建築規制の特徴は、建築物そのものに即してというより、道路との関連において、より正確には公衆が通行する公共の道路（公道）との関連において課せられた、というところに求められる。不特定多数の公衆が通行する公道が『公的領域』に属することについては何の問題もなく、公共の道路の安全性、衛生性の確保等は、フランスにおいて古くから警察規制の対象になってきた。この目的を実現するために、——そして、この目的を実現するためにのみ——建物についても警察規制が加えられたのである」（46-47 頁）。そして、19 世紀前半の時期における具体的な規制内容としては、道路建築線指定、危険建物の規制（修繕や除却命令、場合によっては代執行）、高度規制などがあった。また、衛生警察上のものとして、便所、汚水溜め、生活排水、中庭の清掃等に関する規制があった。後者の場合、公道に面していない建物敷地にまで規制が及び得たが、私的空間である住宅内部にまで介入することはできなかった。

否については慎重な検討が求められる（第三項）。

本款では、19 世紀における以上の裁判例や学説の分析を通じて、公法における既得権の位置づけ、公法に対する既得権の援用可能性をめぐる問題の端緒を明らかにする（その検討は第三款で行う）。

## 第一項 建築規則に関する破毀院判例

### 1. 既存建築物に対する新法適用を肯定する裁判例

建築規則の時間的効力に関して最初期に位置づくであろう 1834 年の事例<sup>(569)</sup>では、公道沿いの住宅の屋根から地面へと雨水が流れることが通行人の通行を妨げたり敷石を痛めることで結果的には歩道を狭めてしまうという理由から、公道沿いの住宅の所有者は、雨樋（des cheneaux ou des gouttières sous l'égout de leurs toits）の設置、配水管による公道への雨水の排水が義務づけられた。然るに、破毀院は、当該規則は 1790 年 8 月 16-24 日の法律 11 章 3 条を執行しただけであるとだけ述べて、その適用を認めた。理由は明示されていないが、結果的には不遡及原則に違反しないと判断されたことになる。

また、1851 年の事例<sup>(570)</sup>では、公道に面している家畜小屋が悪臭を発していることや、そこにいる動物の鳴き声によって住民の平穏が害されていることを理由に、市長が、当該家畜小屋の廃止と、家畜を家裏か庭の小屋に收容するよう義務づけた。この事案でも、破毀院は権限行使を可能とするような事実の存否について判断するのみで、本件命令を適法であると判断した。

破毀院は、1864 年の事例<sup>(571)</sup>になると、警察規則が適用されるべきことについての理由を明示するようになる。この事例では、既存の住宅と今後建設するものとを区別することなく、汲み取り便所の便槽（fosse d'aisances）を設置することの義務づけが争われた。そして、破毀院は、次のように判示した。

「住宅から漏れており公衆衛生を害する悪臭の発生を止めるために必要な工事を所有者に対して住宅内で行うよう命じることにより、本件アレテは、所有権を侵してはいない。アレテ以前に建てられた住宅に対して適用される〔本件〕規定は、遡及効の非難を受けうるものではなく、毎日繰り返されて毎日新たな危害をもたらしている事物の状態を改善するためのものである。しかも、何人も、何かしらを所有していることによって、自身の所有物を公衆衛生に危害を及ぼしながら使用する権利を取得することはできない。」

ここでは、「毎日繰り返されて毎日新たな危害をもたらしている事物の状態」に対する適

<sup>569</sup> Cass, 21 nov. 1834, *Dupont*, S. 1834, I, p. 802.

<sup>570</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> mars 1851, *Claisse*, S. 1851, I, p. 544.

<sup>571</sup> Cass. crim., 15 juill. 1864, *Deha*, S. 1865, I, p. 292.

用であることを理由にして、新法の適用が認められ、そこに遡及効はないと判断された。この点、破毀院は、出版規制立法に関する前記ルミエール判決での理由づけを踏襲したのである。

## 2. 既存建築物に対して既得権を認めることで新法適用を斥ける裁判例

しかし、破毀院判例の中には、既存の建物との関係では不遡及原則に基づき建築規則を違法であると判断するものもあった。それは、1840年のメートル判決<sup>(572)</sup>を嚆矢とする。この事例では、公衆衛生の見地から、市が、建物の屋根を藁・麦藁や芦で作ることを禁止するとともに、それらの材料によって作られた建物やロジアの屋根については取壊すよう（おそらく、その上で修繕するよう）義務づけたことが争われた。然るに、破毀院は、かかる建築規則を違法であると判断した。破毀院の判決理由は、「〔原判決は〕この分野を規律する原則を適法に適用しただけであった」と指摘するにとどまる。だが、これによって黙示的に認められた原判決をみると、不遡及原則に違反することが次のように判示されていた。

「市は、公衆衛生のために、建物の屋根を藁・麦藁や芦で作ることを将来的に禁止することができ、徐々にそれら無くしていくために、瓦や粘板岩以外による既存の屋根の修理を禁じることもできるが、しかしながら、かかる権限は、いかなる法律・規則も藁・麦藁や芦を用いることを禁じてはいなかった時代に、それらによって作られた建物やロジアの屋根を壊すよう命じることまでも認めるものと解することはできない。このように市の行政権限に対する限界を超えてしまったアレテの違反について刑事制裁を科するならば、民事法律や憲法によって宣言され認められた神聖な所有権を侵害するだけでなく、不遡及原則が損なわれてしまい、社会には混乱と騒擾しかなくなってしまうであろう。」

また、建築資材の規制という点では同様に、1856年の事例<sup>(573)</sup>では、市内にある既存の板作りのバラックに対してこれを15日以内に解体するよう義務づけたことが争われた事案において、破毀院は、次のように述べて、既得権論に基づき警察規則を違法であると判断した。

「市警察の規則制定作用は、〔1790年8月16-24日の法律11章3条〕による権限を行使する場合、…その行使の時点における既得権（*droits acquis*）を尊重しなければならない、ナポレオン法典2条により、当該作用によって制定された規定を既得権に対して遡及させることは控えなければならない、そうした配慮のために必要なことに注意しつつ将来しか対象としてはならない。したがって、アルジェ市長の本件アレテは、所定地域内における板作りの家屋やバラックの建設も、同種の可燃物質による既存の建築物の修理も、公布の日からしか、これを適法に禁止することはできなかった。」

<sup>572</sup> Cass. crim., 3 déc. 1840, *Maître*, S. 1841, I, p. 83

<sup>573</sup> Cass. crim., 28 nov. 1856, *Conchon*, S. 1857, I, p. 222.

その後も、既得権の不可侵を理由として建築規制を違法とする判決がみられる。例えば、1880年代の二つの事例<sup>(574)</sup>では、ワインや蒸留酒の貯蔵用の醸造所(chai)や、その他の可燃物質の倉庫となる建物に対して、既存のものであっても、隣接する建物と一定距離内にある場合について壁の資材を切石(parpaîn)とするとか、高さを屋根から1メートル以上にとるとか、厚さについて指定がなされ、これに適合するよう必要な工事が義務づけられたことが争われた。然るに、破毀院は次のように判示した。

「1790年8月16-24日の法律11章3条は、市当局に対して、適切な予防措置によって火災を防ぐことを責務とすることにより、公共の安全のためにとられる措置を将来に向かって定め、新たな建築を一定の規制に従わせる権限を与えている。だが、同条は、過去に遡及して既得権を侵害する権限(le droit de rétroagir sur le passé et de porter atteinte aux droits antérieurement acquis)を与え得るものではなかった。したがって、既存の醸造所の所有者に対してその財産の構造(économie)を変更しなければならない工事の施工を命じ、そうすることで、本件アレテの公布以前の既得権を侵害している限りで、ボルドー市長のアレテは……権限を逸脱している。」

このように、法律の授權に基づき定められる建築規則であっても、授權法律に特別の規定がない限りは、既得権を尊重しなければならないことが認められた。この場合には、建築規則の適用が斥けられることになる。前記のとおり適用を認める裁判例もあったことからすると、ここので既得権は建物所有権すべてではないであろう。また、建築行為という所有権の現実的行使によって常に生じるものでもない。もし、これらを理由にして既得権が常に認められるとすると、あらゆる場合において新たな建築規則の適用が妨げられてしまう。そこで、破毀院は、既得権の有無を基準にすることで一定の限定をかけたのである<sup>(575)</sup>。

### 3. 対照的な裁判例

ただ、注意すべきは、同事案であっても対照的な判断が示されることもあったことである。建物の壁の厚さや、資材を煉瓦または礫(cailloux)にするよう指定されたが、これに違反する高さの建築を行った1886年の事例<sup>(576)</sup>では、「[上記規制を命じた]当該規定は、新たな壁にのみ関するものではなく……、既存の壁に対してなされる建築すべてに関して定めるものであり、……旧来の壁にまで及ぼすと遡及効を有することになってしまうという理由で当該規定の適用を拒むことはできなかった」と判示された。

また、建築資材の規制については上記メートル判決等によって既存建築物に対しては適

<sup>574</sup> Cass. crim., 5 août 1882, *Bachet*, S. 1883, I, p. 46 ; Cass. crim., 31 déc. 1886, *Dehez*, S. 1888, I, p. 182 (引用は前者の判決によるものだが、後者もほぼ同旨) . V. aussi, Cass. crim., 1 juill. 1897, *Scetbon*, S. 1898, I, p. 158.

<sup>575</sup> この点の指摘として、参照、André GUILLOIS, *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, thèse Paris, Sirey, 1912, pp. 79-80.

<sup>576</sup> Cass. crim., 16 déc. 1886, *Bernard*, S. 1888, I, 398.



用し得ないとされたが、改築・修繕の場合であれば、事情は異なるようである。1860 年の事例<sup>(577)</sup>では、住宅の修繕のために以前から必要とされていた許可は取得されていたものの、これは建築方式についてまで審査するものではなかったが、その後、骨組み作りの楣 (linteaux ou poitrails en charpente) の使用について新たに許可制が設けられたにもかかわらず、修繕にあたって無許可で楣に木材を使用したことが争われた。ただ、この木材は、既存の楣に用いられていた木材を加工して再利用しただけであった。だが、破毀院は、「規則は新たな木材と既に使用されていた木材とを区別しておらず、楣に用いられていた部分が動かされた以上、新たな使用は、規則によって設けられた許可要件に服することとなった」と判示しており、新たな規制が適用されると判断したのであった。

## 第二項 ジュスランの既得権否認論

以上のような破毀院判例に対しては、19 世紀中頃、不遡及原則の既得権構成に対する批判的見解が現れた。それが、ジュスラン (コンセイユ・デタおよび破毀院付きの弁護士) である。ジュスランは、19 世紀を通じておそらく唯一、公法に属しうる法令の遡及効の問題に取り組んだ論者である。1849 に出版された『公益的義務概論』と、1852 年の論文「規則制定権限の行使に関する遡及効および既得権の語について」において、この問題を主題としており、そして、不遡及原則の違反を認めた破毀院の 1840 年のメートル判決 (前項の 2) を批判したのであった。

ジュスランは、結論としては「原則として、行政機関がその権限の範囲内において制定した行政立法は、それ以前に財産や自由がどのように行使されていたかに関わりなく、すべての財産および人を一律に対象とすると考えられる」<sup>(578)</sup>、と主張した。興味深いことに、そこには、これまで重ねられた議論の蓄積の反映がみられる。このことは、次の一節から明らかである。

「遡及効という語について誤解があってはならない。確かに、ある種の所有権につき享有方法を幾つか禁止し、禁止前に当該享有方法を用いた者に刑罰を科す法令の規定には、遡及効がある。だが、過去の行使をそれ自体として罰することと、その行使の継続を禁止以降において将来に向かって罰することは、異なる。警察および安全あるいは公益上の義務に関する法律では、後者の効果は遡及的ではない。所有権それ自体がそうした法律の適用を妨げることはないのであるから、以前用いた行使方法も妨げ得るものではない。そうでないとすれば、警察および安全あるいは公益上の義務に関する法律が所有権を制限する以前は所有権を自由に行使できたのであって、そうした法律はすべて遡及効があることになってしまう。」<sup>(579)</sup>

<sup>577</sup> Cass. crim, 6 déc 1860, *Oger et Piquet*, S. 1862, I, p. 766.

<sup>578</sup> Joseph JOUSSELIN, « Des mots *effet rétroactif* et *droits acquis*, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire », in *Revue critique de la jurisprudence*, 1852, pp. 180-189 (181).

<sup>579</sup> J. JOUSSELIN, *Traité des servitudes d'utilité publique*, T. I, Videcoq, 1849, pp. 184-185.

このように、ジュスランによれば、「過去の行使をそれ自体として罰することと、その行使の継続を禁止以降において将来に向かって罰することは、異なる」のであり、後者には遡及効がない。ここでは、出版規制立法に関連して示された一回的事実と継続的事実との区別論が前提となっていたことであろう。1852 年の論文では、このことが次のように明確に述べられている。

「行政立法が公布されると、禁止された状況が存在することは、……継続的非違行為 (délit continu) である<sup>(580)</sup>。当該行為を禁じる規則の下でそれを続けることは、当該事実が生じさせる事実それ自体のように、規則への違反である。禁止規則 (règlement prohibitif) は、禁止対象を生み出ししてしまったことと同様に、その維持によっても犯されるからである。したがって、遡及しているとの批判は、現実には全く理由がない。実のところ、行政立法の以後の時間と、その公布以後の継続的事実しか問題となっていないのである。」<sup>(581)</sup>

しかし、過去からの継続であるということは無視できない意味があり得るのではないか。この点、ジュスランは、次のように既得権を否認すべきであると断言するのである。なお、論文の以下の一節では、先の著書に「所有権それ自体がそうした法律の適用を妨げることはないのであるから、以前用いた行使方法も妨げ得るものではない」とあった部分が補足されている。

「既得権 (droits acquis) を語ることも正確ではないであろう。というのも、公序や警察 (l'ordre public et la police) に対しては既得権も時効もない。所有権それ自体は既得権をなすものではないので、所有権の行使方法も、そうした関係の下では、そうした権利を形成し得るなどということはない。」<sup>(582)</sup>

ところで、ジュスランは、こうした一般論を提示するとともに、特に論文において多くの裁判例を参照することで自説を例証しようとしていた。そこで、次に、ジュスランが取り上げた裁判例の幾つかを概観することとしよう<sup>(583)</sup>。これは同時に、19 世紀中頃における行政法の時間的効力の実情を示すことにもなろう。

<sup>580</sup> この一文では、本文中は「……」で省略した部分において、1837 年 12 月 14 日の破毀院判決が参照されている。この判決は、本文後述を参照。

<sup>581</sup> J. JOUSSELIN, article *préc.*, p. 182.

<sup>582</sup> *Ibid.*

<sup>583</sup> 出版規制立法に関する事例 (1836 年のルミエール判決) も参照されているが、これは第一款で取り上げた。

### 第三項 行政法令の時間的効力をめぐる諸事例

#### 1. 森林法制

ジュスランが既得権の否認を主張するにあって参照した裁判例として、第一に、森林法制に関するものがある。フランスの森林法制は 1669 年の王令 (ordonnance) によって整備され、その規定の多くを引き継ぎつつ刷新を図った 1827 年の森林法 (Code forestier) <sup>(584)</sup> により近代的な制度が確立された。だが、これらの法令を制定した際には、その時間的適用関係をめぐって多くの紛争が生じた。

ここでは、まず、1831 年および 1836 年のオルテルマン判決をみてみよう (なお、この判決は序論で取り上げたダローズ法律百科事典でも参照されていた)。マイエンヌにある森林には以前から慣行利用権 (droit d'usage) が設定されていたが、それによって森林に重大な被害が生じたことから、1658 年に、関係当事者と、森林の所有者である枢機卿との間で協定が結ばれた。それにより、利用権者には、利用権を放棄する代わりに、樹齢 7 年以下の伐採区域を除いて、当該森林において家畜に牧草を食べさせることが認められた。その後、1669 年王令では放牧可能な森林は 12 年以上とされたが (19 章 1 条・3 条)、利用権者は、協定に基づく権利があると主張して、樹齢 7 年に達した地域において放牧をしていた。そこで、本件森林を取得したオルテルマン氏が提訴するに至った。

確かに、破毀院の先例には、過去の協定等にかかわらず王令の適用を認めるものが多数あった。それらは必ずしも王令を適用すべきことの理由を明示していたわけではなかったが <sup>(585)</sup>、1807 年の事例では既に、森林制度に関する王令が「公序および一般警察に関するものである」ことに言及されていた <sup>(586)</sup>。これに対して、利用権者は、「法律不遡及および

<sup>584</sup> フランスの森林法制については、参照、ミシェル・ドヴェーズ (猪俣礼二訳)『森林の歴史』(白水社、1973 年) 83-117 頁 (フランス革命から 19 世紀までの森林政策に関して)、石井寛・諏訪実「フランス森林法の歴史と改正の動き」日本林学会北海道支部論文集 49 号 (2001 年) 123-126 頁、石井寛「フランス、ドイツ、日本の森林政策の展開とその特徴」林業経済研究 49 巻 1 号 (2003 年) 3-12 頁。なお、1827 年森林法は、明治期に邦語へ全訳されている。ヴェルベッキ (河内信朝・光増重健訳)『仏国森林法同施行法令』(元老院、明治 15 年)。

<sup>585</sup> Cass. crim., 20 juill. 1810, *L'administration forestière c/ Charles Aubert*, S. 1811, I, p. 67 ; Cass. crim., 3 déc. 1819, *Pincé et Fauroux*, S. 1820, I, p. 101 ; Cass. civ., 26 févr. 1824, *Delondre c/ la Commune de Poilly*, S. 1824, I, p. 92 ; Cass. crim., 10 sept. 1824, *Commune de Samoreau*, S. 1825, I, p. 65 ; Cass. crim., 25 juin 1824, *Guérin et Dhugues c/ l'administration forestière et Monier*, S. 1825, I, p. 152. これらの判決は特別の理由を述べずに 1669 年の王令を適用した (ただし、最後の判決は、王令による放牧の禁止が「一般的かつ絶対的である」と判示している)。

<sup>586</sup> Cass. crim., 5 nov. 1807, *Le ministère public c/ Vieux, Hugonier, et consorts*, S. 1808, I, p. 156. この判決では、さらに、放牧を禁止した王令は「当該禁止は国有林および私有林において利用権を有する者に対して絶対的であるので、その他の者との関係でも同じ性格を有する」とも述べて、王令の適用を認めた。

その他にも、同じように、「1669 年王令は……一般警察および公序に関する法律であり」、「あらゆる合意は、その日付および内容にかかわらず、それを損ね得るものではない」と述べる判決 (Cass. crim., 22 juin 1826, *Bouillac c/ Marinpoey*, S. 1827, I, p. 62) (この判決はジュスランも参照している)、また、「こうした森林規則は、利用権を毀損するものでなく、公益と私益を調和しつつ専ら当該権利の行使について規定している。したがって、利用権の行使方法についてそうした法律を適用することは、法律を遡及させることではない」と述べる判決 (Cass. crim., 25 mai 1810, *L'Administration des forêts c/ Begassat et consorts*, S. 1811, I, p. 215) がある。

適法に締結された契約の尊重」が立法上の原則であることを論拠の一つとして、王令を適用すべきでないと反論した。

オルテルマン事件では、下級審が利用権者の権利を認め、破毀院によって原判決が破棄されるという経緯を二度繰り返しているため、破毀院判決が二つ下されている（ジュスランは第二判決のみ参照しているが、以下では、それ以前の諸判決も取り上げる）。まず、1831年、破毀院は次のように判示して、協定に基づく権利を否定した<sup>(587)</sup>。

「1669年王令の規定は、共和暦13年の法律によって維持されなおも有効であるとされたが、それによれば、国有であるにせよ私有であるにせよ、森林での放牧権は、その起源が何であるかにかかわらず、放牧可能である（défensable）と認定された森林でしか認められず、当該認定は、かつては河川・森林監督府の上級役人（grands maîtres des eaux et forêts）によってなされ、現在では森林行政庁によってなされる。

上記王令は、森林保護のために制定されたもので、公序に関する法律（loi d'ordre public）かつ警察規則（règlement de police）なのであって、その執行令書（mandement final d'exécution）により、明文上、あらゆる王令、規則、判決その他のものを破るとされたのであって、したがって、王令の規定と調和しない合意をすべて破るものであった。」

しかし、破棄判決後に再び利用者の権利が認められたことから、再度の破棄申立に際して、1836年、破毀院は、いま一度、次のように判示した<sup>(588)</sup>。

「1669年王令は森林の警察および保護を目的としており、これは一般利益および国家の財産と密接に結びついているため、公序に関する法律（loi d'ordre public）である。当該王令の放牧権（droits de pâturage et pacage）に関する19章の規定のうち、大部分は、放牧可能であると認定される前に家畜を森へと放すことを禁じる規定や、この認定を行う機関を示す規定である。これら二種の規定は相互補完的であって分離すべきではなく、前者は後者によってその執行が確保されるのである。

まさにこうした性質により、刑事制裁にともなう警察および公序の措置として、放牧権の享有方法に関する規則の規定（dispositions réglementaires）は、いかなる場合でも常にこれを画一的とすべきなのであって（devant le ramener partout à l'uniformité）、異なる享有方法を定める個人間の合意とともに、以前のあらゆる規約（statut）、規則（règlement）および地域慣習を破る。」

このように、破毀院では、森林法制が公序に関するものであるために新法の画一的な適用が求められ、あらゆる旧法・旧慣や合意を破るとされた。ただ、なぜ、公序に関する法

---

なお、これらに対して、黙示的な事例判断ではあるが、国有地の管理に関する王令の禁止規定に公序性を認めなかった判決もある（Cass. crim., 9 juill. 1818, *Rouvelet, etc c/ la direction des forêts*, S. 1821, I, p. 80）。

<sup>587</sup> Cass. civ., 2 févr. 1831, *Holtermann c/ C. Guibal-Boulbonne*, S. 1831, I, p. 124.

<sup>588</sup> Cass. réun., 19 nov. 1836, *Holtermann c/ C. Guibal-Boulbonne*, S. 1836, I, p. 929.

律であるために過去の合意もが無効となるのかの説明はなされなかった。

次に、こうした破毀院判例とは異なり、1827年に制定された森林法では、明示的に既得権への配慮がなされた。この法律は、その規律事項と抵触する旧法令をすべて廃止したものの、抵触する私的合意を無効とすることはなく、むしろ、「本法以前の既得権 (droits acquis antérieurement au présent Code)」に限って旧法令が適用されることも明文で認めたのである(218条)。そこで、その適用が争われた事例では、既得権が何であるかが問われることとなった。然るに、破毀院は、1837年の事例<sup>(589)</sup>において注目すべき判断を示した。

「〔森林法 218 条〕は権利それ自体にしか適用されず、かかる権利の行使方法 (mode d'exercice) に対しては適用され得ない。ここで行使方法は特に森林の保存と状態維持 (bon état) とに関係するものであり、常に、立法者によって命じられるかもしれない新たな措置に服するが、それは公序および一般警察に関する (d'ordre public et police générale) 措置であって、したがって、これに対しては、誰も何らの権原や反対の占有を主張することはできず、時効を援用することもできない。利用権の行使方法が権利それ自体と本質的に結びついているために、権利が空虚になってしまうとすれば、それ故に、権利の行使方法を権利それ自体と同じカテゴリーに分類すべき理由がある。」(本件は行使方法が規制された事案であるが、家畜の世話が不可能になるといった事情の存在は否定された。)

ここでは、新法の適用を免れる既得権につき、まず、権利それ自体とその行使方法とが区別されている<sup>(590)</sup>。森林の保存に関する措置が「公序および警察に関する」ものであると性質づけられることは先例どおりであるが、それに加えて、権利の行使方法はそうした性質を有する森林の保存措置と関わりがあることからして、新法に服すると結論づけられた。

権利とその行使方法との区別については、その間の結びつきの程度に差異があり得ることが示唆されてはいる。しかし、なぜ、基本的には両者が区別されるべきなのか、そして、行使方法に限って新法の影響を受けるのであろうか。破毀院によれば、結局のところ、この区別は「法律の条文の精神とともに、国有森林に対する当該権利の性質そのものに基づくものである」と説明された<sup>(591)</sup>。

以上要するに、森林法制の事例からは、ジュスランの主張のうちで、公序に対して既得

<sup>589</sup> Cass, crim., 25 mars 1837, *L'adm. forest. c/ Buchon et autres*, S. 1838, I, p. 286.

この事例の他にも、森林行政当局が市に対して家畜の放牧を制限したことから市が県参事会 (conseil de préfecture) に提訴したところ、市には従前どおりの権利が認められたため、財務大臣がコンセイユ・デタに提訴したという事例がある (CE, 13 mai 1831, *Ministre des finances c/ les communes de Mouthe, Boujon et autres*, Rec., p. 180)。市と大臣とでは 218 条の解釈が争われ、大臣は、同条は「利用権の行使」には適用されず、そうでなければ、利用権の行使に対する制限に関する規定は無意味になってしまうと主張していた。然るに、コンセイユ・デタは次のように判示した。「森林当局はノアールモンの国有林の中での放牧および利用権が市にあることを争ってはならず、ただ、当該権利が上記森林の状態と伐採量とに応じて行使されるべきことを主張するにとどまっている。県参事会は反対の判断をしており、森林法 218 条を誤って適用したものであって、同法 65 条および 67 条に違反した」。

<sup>590</sup> この区別は、既に、1836 年のオルテルマン事件においては、原則側の弁護士ダローズによっても説かれていた。

<sup>591</sup> Cass, req., 31 déc. 1838, *Comm. de Dabo et autres c/ le préfet de la Meurthe*, S. 1839, I, p. 61.

権があり得ないこと、および、権利とその享有方法（行使方法）との区別については、確かに、破毀院の判例でもあったことが分かる。だが、法律の明文規定によって既得権の維持が認められていたことにも留意する必要があるであろう。

## 2. 公物管理・交通警察法制

ジュスランが参照した裁判例として、第二に、公物管理と交通警察に関するものがある。両者は内容的に異なるものであるが、ここから引き出される結論には共通点がある。

まず、公物管理に関して、共和暦 13 年ヴァントーズ 9 日の法律<sup>(592)</sup>により、国道 (*grande route de l'Empire*) の沿道の土地所有者は道路内において植樹をすることが認められたが (1 条・2 条)、伐採するには管理者の許可が必要とされ (3 条)、幅員の都合により植樹ができない国道から 6 メートル以内の所有者自身の土地に植樹するには県知事の同意を得なければならないが、この場合には後に伐採する際に許可は不要であるとされた (5 条)。だが、伐採については、道路の建設・修繕・維持についての 1811 年 12 月 16 日の法律<sup>(593)</sup>が、「本法又は旧法により、市町村や個人によって道路または国有地に植えられた樹木、沿道に植えられた樹木は、知事の請求に基づき与えられる土木管理局庁の許可を有するものでなければ、これを伐採し得ないものとする。当該請求は、エンジニアが樹木の枯死を確認した場合に限り、かつ、直ちに植え替えるという条件で、これを行うものとする。」(99 条)と規定した。後者の法律により、以前に沿道に植えられた樹木であっても以後は行政の許可なしに伐採することが禁止されたのである。だが、この法律の適用が争われた 1839 年の事例<sup>(594)</sup>において、コンセイユ・デタは、法令の規定を簡単に確認するだけで、規制が過去の植林に対しても及ぶことを認めたのであった。

また、河川の利用に関しては、河川漁業に関する 1829 年 4 月 15 日の法律 24 条<sup>(595)</sup>により、「航行ができ又は材木を流すことのできる河川、運河および小川においては、魚の移動を完全に妨げるための柵 (*barrage*)、器具その他のいかなる漁場施設も設置してはならない。」と規定され、既存の罾<sup>(596)</sup> (魚を自然に誘導して捕らえる定置漁具) が規制されたことが争われた 1837 年の事例<sup>(596)</sup>がある。破毀院は、河川における漁業権 (*droits de pêche*) の存在は、「その行使について公序および警察に関する法律 (*lois de police et d'ordre public*) によって規律することや、適当であると判断された場合に当該法律を改正することを禁じるものではない」ことを述べた上で、本件での適用可能性について、次のように判示した。

「公序および一般警察に関する法律 (*loi d'ordre public et de police générale*) は、前法の内容がどのよ

<sup>592</sup> S., An 13, II, pp. 325-326.

<sup>593</sup> DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat*, T. 18, 2<sup>e</sup> éd., p. 88.

<sup>594</sup> CE, 10 mai 1839, *Marsat, Rec.*, p. 277.

<sup>595</sup> DUVERGIER, *op. cit.*, T. 29, 2<sup>e</sup> éd., p. 96.

<sup>596</sup> Cass, crim., 13 déc. 1837, *D'Espeuilles c/ minist. publ.*, S. 1838, I, p. 933.

うなものであったとしても、公布の日から、規律対象の事実や、行使が規制されることとなる権利に対して効力が及ぶ (saisir)。1829 年 4 月 15 日の法律 24 条は、公益上、漁業権の行使が河川の生物増加を損なうことを防ぐためのものであるから、公序に関する法律である。同条が禁止する魴が設置されていることは継続犯であり、禁止法は禁止対象の設置とともに維持によっても違反されるのであるから、魴を禁じる法律の下において設置したままにすることは、建設の事実そのもののように、同法への違反である。禁止されている魴は単一の事実により存在する間中、河川の生物減少を招く一方で、禁止されている漁業犯は一定時点で実行され終わるのであり、後者と継続犯〔前者〕とを混同してはならない。」

こうしてみると、ジュスランは主張のうちで、継続的事実につき規制後に生じた事実に対しても当該規制が及ぶこと、換言すれば、規制対象事実の維持に対しても規制が及ぶこと、そして、こうした作用に遡及効は認められないという点についても、確かに、判例に依拠するものであったことが分かる。

次に、交通警察に関する事例からも、以上と同様のことを確認することができる。すなわち、歩道での通行の安全確保のためにベンチ (borne) の撤去が命じられた 1836 年の事例<sup>(597)</sup>において、破毀院は次のように判示した。

「法律の不遡及原則は、単なる警察規則 (réglements de simple police) に適用することはできず、市は公共の秩序と安全に関わり得ることを常に監視する権利と義務がある。ダンケルク市長は、一般利益において、通行の便宜を確保するために既存のベンチを禁止することができた。」

### 3. 工場規制立法

ジュスランが参照した裁判例として、第三に、工場その他の工業用施設の設置やその設備の規制に関するものがある。これらの参照を通じて、どのような事情 (施設の適法な存在、確定判決)・権原 (過去の許可、売買契約などによる取得)・時間経過 (長期の占有) によっても行政の規則制定権限が制限されることはないという帰結を導いたのである<sup>(598)</sup>。

まず、1836 年の事例<sup>(599)</sup>では、古くから河岸に存在していた縮充機 (moulin à foulon) が、1788 年、政府の許可に基づきルクルトゥー氏によって鑄造所 (fonderie) に転用され、作動装置にも変更が加えられたが、それによって川のせき止めや逆流といった影響が生じ、ブエル氏の土地が冠水し、同氏の水車が稼働できなくなるという被害が生じてしまった。そこで、1835 年になって、原告ブエル氏がルクルトゥー氏を提訴し、損害賠償および水門の撤去を求めた。その際、原告は、河川の水位を定めた 1757 年と 1760 年の規則 (arrêt du Conseil de

<sup>597</sup> Cass. crim., 30 juin 1836, *Coppens*, S. 1836, I, p. 847. 同旨の判断として, Cass. crim., 18 déc. 1840, *Barbier*, S. 1841, I, p. 139.

<sup>598</sup> この点は、ジュスランの著書でも同旨が述べられている。J. JOUSSELIN, *Traité des servitudes...*, op. cit., T. I, p. 248.

<sup>599</sup> Cass. crim., 23 juill. 1836, *Lecoulteux c/ Bouelle*, S. 1837, I, p. 245.

1757, ordonnance de 1760) を請求の根拠としていた。

これに対して、ルクルトー氏は、1788 年に縮充機を用途変更して以降、水位に関する上記規則に反する水の占有を続けてきたのであって、時効のために当該規則は適用され得ないと反論した。然るに、原審では、規則はその制定以降すべての者に対して拘束力を有するとしてその適用が認められたことから、これに対して破棄申立がなされたところ、破毀院は次のように判示した。

「古くからの占有であるとしても、公序のために設けられた警察規則 (règlements de police établie dans un intérêt d'ordre public) に優り得るものではなく、したがって、刑罰や損害は時効にかかり得るとしても、そのことから犯罪となる事実を再び行う権利が生じることはない。」

「本件工場は後に鑄造所に用途変更されたが、アンデル川の警察を専らの目的とする規定によって規制されなくなったわけではなく、したがって、以前と同様に新たな用途にも適用されるものであった。」

このように、警察規則に反する事実につき時効の成立が否定され、長期の占有によって警察規則の適用を免れることはないと判断された。なお、この事件での警察規則は革命以前のものであったが、その後、1790 年 8 月 12-20 日の法律、1791 年 9 月 28 日-10 月 6 日の法律、共和暦 6 年ヴァントーズ 19 日の総裁政府アレテによっても、行政には水の規制に関する規則の制定権限が認められた<sup>(600)</sup>。

もっとも、上記事例では、二つ目の引用文から分かるように、工場は規則制定前から存在していたが、制定後になされた工場の用途変更（これには施設改修が伴っていた）に際して当該規則が適用されるのかについても争われていた。そして、破毀院はその適用を認めたのであった。ジュスランは、おそらく、こうした適用可能性を捉えて、新たな規制法令はそれ以前に設置された施設に対しても適用されると考えたのだと思われる。

同じような事例としては、さらに、鉱業施設の事例も取り上げられている。鉱山の採掘についての特許制等を定めた 1810 年 4 月 21 日の法律<sup>(601)</sup>により、製鉄等の工場についても設置につき許可制が導入されたところ (73 条以下)、その既存施設に対するその適用の可否が問題となった。これに関してジュスランが参照した事例は、何れも、工場の増改築の場合において新たな許可制が適用されるか否かが争われたものである。そして、コンセイユ・

<sup>600</sup> なお、本文で挙げた法令の適用事例として、ジュスランは、コンセイユ・デタ判決を参照している (CE, 6 mai 1848, *Houdelière et de Luynes, Rec.*, p. 257 ; CE, 27 mai 1847, *Vittecoq, Rec.*, p. 332)。確かに、工場所有者がその権利を尊重することなく規則が制定された点で越権であると主張したのに対して、コンセイユ・デタは、「上記の諸法律によれば、公益のために、水車と工場用の水に関して規則を設けること、かかる水車と工場がいかなる要件によって設置ないし維持され得るかを定めることは行政の権限である」と判示した。だが、これに続けて、当該規則は「純粋行政の行為」であって形式の瑕疵についてしか越権訴訟では争えない、と結論づけた。そのため、コンセイユ・デタは実質的に法令の効力について判断していないと思われる。

<sup>601</sup> DUVERGIER, *op. cit.*, T. 17, 2<sup>e</sup> éd., 83 et suiv.



デタは、既存施設であっても、一定の設備について旧法下において許可を得ていなかった場合には、施設設置以後に制定された法令によって規制されるようになったとしても、それに基づく許可を得なければならないと判断した<sup>(602)</sup>。

このように、確かに、工場規制立法についても新法の適用が肯定されている。だが、ジュスランは全く関心を向けていないことであるが、新法が常に適用されるとは限らなかった。例えば、鉱山の採掘に関する上記の 1810 年法では、「既存の施設は、なおも使用し続けることができる。ただし、一度も許可を得たことがない者または以前取得した許可を提示できない者は、1813 年 1 月 1 日までに、許可を得なければならない……。」(78 条)と規定されていたからである。

それだけでなく、工場規制立法においては、既存施設を維持することがむしろ通例であった。分類施設に対する規制立法においては、そうした扱いが 19 世紀初頭から確立していたのである。ジュスランは既得権論に批判的であったためか、分類施設に関しては全く参照していない。だが、警察規制立法の時間的効力を検討するためには、また、ジュスランの所説を検討するためにも、分類施設の規制立法に関して取り上げる必要があるであろう。

#### 4. 分類施設の規制

分類施設 (*établissement classé*) については、1810 年 10 月 15 日のデクレが、「不衛生で不快な臭気を生じさせる製造所及び作業所」を特別警察の対象とし、影響の程度に応じて当該施設を 3 つのカテゴリーに分類した上で、それぞれにつき手続の異なる許可制や隔離措置による規制を設けた<sup>(603)</sup>。これはフランスにおける最初の包括的な公害規制立法として有名であるが、ここでは既に、既存施設の取扱について次のような明文規定が置かれていたことが注目される。

**11 条** このデクレの規定は遡及効を有しないものとする (*n'auront point d'effet rétroactif*)。したがって、近隣地に対して損害を与えた事業者が賠償を課される場合を除いて、現在稼働中の施設は、自由に経営し続けることができる<sup>(604)</sup>。

<sup>602</sup> CE, 29 juin 1844, *Rozet et Ménisson, Rec.*, p. 398 では、「ロゼ氏とメニソン氏は、Clos-Mortier の工場にある鉱石粉碎機 (*bocard*) と鉱石洗浄機 (*patouillet*) が 1810 年 4 月 21 日の法律以前に得た許可 (*permission*) に基づき存在していたことを立証していない」と判示した。

また、CE, 2 fevr. 1846, *Danelle c/ Pansé, Rec.*, p. 57 では、ダネル氏の工場の設置は 1731 年の規則によって認められていたところ、「当該工場になされた 1731 年規則以降のこうした増改築は、新たな施設を設けるものであって、これについて、ダネル氏は新たな許可を得なければならなかったものであり、それは 1810 年 4 月 21 日の法律 75 条に従うものであった」と判示した。

<sup>603</sup> 分類施設の規制の時間的効力について本文で取り上げる事例については、参照、Jacques PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002, pp. 205-207. 分類施設の規制立法の成立史については、参照、岡森識晃「フランスにおける分類施設規制制度の成立と展開 (上) (中) (下)」自治研究 80 巻 7 号 (2004 年) 109-129 頁、同 11 号 132-150 頁、81 巻 2 号 (2005 年) 99-120 頁。

<sup>604</sup> 1810 年法は、1917 年 12 月 29 日の法律によって抜本的に改正されたが、ここでも 11 条と同旨の規定がより整備された形で引き継がれた (知事が近隣住民の利益や公衆衛生にとって不可欠な措置をなし得ることも、27 条 3 項で認められた)。すなわち、27 条 1 項は分類の変更に関して、「開設時に有効なデクレ

もちろん、衛生等への影響が重大である場合には営業停止を命じることが認められていたり、移転や 6 ヶ月にわたって稼働停止していた場合にはデクレが適用されることになるといった例外規定はあった。また、1833 年 8 月 8 日の大臣通達により、11 条は設備・稼働方法に変更のない既存施設につき従来どおりの状態の維持を認めるだけであり、増設や、設備・稼働方法に重大な変更が加えられた場合には新法が適用されることになるとの解釈が示されており<sup>(605)</sup>、このことはコンセイユ・デタによっても確認された<sup>(606)</sup>。

だが、デクレ 11 条は、1810 年の時点における既存の施設について定めるだけである。それ以降に設置された施設について新たな分類や分類変更がなされた場合の取扱に関しては、11 条は何も規定しておらず、その後のデクレにも 11 条のような規定は置かれなかった。そのため、1810 年法やその後の法令の規制を受けずに設置された施設や、許可を得るなど法令に適合して設置された施設であって、後の法令によって分類されるに至ったものには新たな規制が及ぶのか否かにつき、紛争が生じた。

時代的には 19 世紀後半になってしまうが、例えば、1882 年の事例<sup>(607)</sup>では、あるガス会社は以前から許可を受けて設立されていたところ、1867 年 2 月 9 日のデクレによりガスタンクを設置するには少なくとも住宅から 30 メートル離れていなければならないと規制されたにもかかわらず、同年 10 月に上記ガス会社に対して新たなガスタンクの設置許可がなされたことから、隣接する同業者によって取消請求がなされた。こうした事例において、既存業者としては、新たな規制以前に設立されていたガス会社が徐々に事業・施設を拡大することは必然的であり、そうした意味で関連する事業活動については当初の許可の潜在的内容であったと考えるのが通例であり<sup>(608)</sup>、こうした見地から、新法を適用するならば「不遡及原則に反する」と主張した。だが、コンセイユ・デタは、次のように判示して、不遡及原則への違反の主張を認めなかった。

「1867 年 2 月 9 日のデクレは、それ以前に許可を得ていたサン＝カンタンのガス会社には適用されないが、このことから、新たな許可を得なければならない 2 つのガスタンクの設置には、ガスタンク

---

が定める分類よりも特別施行令 (*règlement d'administration publique*) によって上位の分類に位置づけられ、または、以後位置づけられることになる分類施設に対しては、新たな許可の申請は要しないものとする。」とし、2 項は新たに分類に関して、「事業を危険・非衛生・不快であると分類した特別施行令よりも前から存在する施設は、21 条が規定する監督機関に従う他、許可や届出がなくても稼働を続けることができる。」と規定した。分類が変更された場合についての 27 条 1 項の初期の適用事例として、参照、CE, 2 avril 1941, *Dlle Lecomte, Rec.*, p. 63 ; CE, 16 févr. 1962, *Drillon, Rec.*, p. 108.

<sup>605</sup> Cf. Léopold MAGISTRY et A. MAGISTRY, *Traité général sur l'application de la nouvelle législation des établissements classés*, Dépot général, 1923, p. 20. なお、本書は前注 1917 年法の逐条解説書であり、27 条については、314 頁以下を参照。

<sup>606</sup> CE, 6 août 1855, *Valdin, Rec.*, p. 571. コンセイユ・デタは一般論を述べてはいないが、「本件工場に対して、その稼働条件を変えてしまう変更がなされたことは証明されていない」と判示しており、大臣通達の趣旨を取り入れた上で、11 条が適用される事案であったか否かを判断した。

<sup>607</sup> CE, 8 août 1882, *Leblanc et Lebée c/ compagnie du Gaz de Saint-Quentin, Rec.*, p. 786 ; DP. 1884, III, p. 27.

<sup>608</sup> 前々注の事例でも、原告はそうように主張していた。

の設置について上記デクレが定める特別の要件に服することはない、と正当に主張することはできない。」

このように、コンセイユ・デタは、1810年デクレの11条のような明文規定がなかった事案であっても、一方で、既存施設に対してであっても、増設については新法が適用されると判断したが、しかし他方で、そうした新たな事情がなければ適用されないと判断したのである。

同じように、以前は許可を得ることなく設置することができた工場が新たに分類され規制対象となった場合であっても、例えば木材倉庫の設置につき距離制限（住宅・公道や蒸気機関からの一定距離）が設けられた1887年の事例<sup>(609)</sup>において、コンセイユ・デタは次のように判示した。

「プラル氏の製材工場（*scierie mécanique*）は、同種の工場を不衛生・危険・不快施設に分類した1881年2月26日のデクレ以前に設置されたもので、したがって適法な存在であり、新たな許可なく稼働しつづけ得るのであった。」

同じように、1899年の事例<sup>(610)</sup>でも、「〔本件の〕板金工場（*atelier de tôlerie*）は、金属加工工場および金具製造工場を危険・不快・不衛生施設に分類した1878年5月7日のデクレ以前から、ロシュシュアール通り11番の建物内にあり、稼働していた。したがって、適法な存在であり、許可なく稼働しつづけ得るものであった」と判示された。

以上のとおり、1810年法以後に新たな分類等を定めた法令において既存施設の保護について規定がなかったことから新法の適用をめぐる問題が生じた諸事例においても、コンセイユ・デタは、既存施設に対して新法が適用されないと判断した。ただ、判決理由では、1810年法は参照されていなかった。そのため、この分野における一般原則という形で判断が示されたのである。

もちろん、コンセイユ・デタが1810年法11条の立法趣旨を参照したことは明らかであろう。学説においても、例えばフカールは、11条には「一般的意味」が与えられるべきと説いていた<sup>(611)</sup>。他にも、11条が「このデクレの規定は遡及効を有しないものとする」と規定することで打ち立てた準則は、「法律は遡及効を持たない（ナポレオン法典2条）という一般原則と合致している」と述べて、警察規制立法においても民法典2条の趣旨が及ぶかのように説明する見解もみられた<sup>(612)</sup>。

<sup>609</sup> CE, 28 janv. 1887, *Pral frères, Rec.*, p. 78.

<sup>610</sup> CE, 16 juin 1899, *Nessi, Rec.*, p. 432.

<sup>611</sup> É.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 376.

<sup>612</sup> DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Nouvelle édition, T. 31, 1854, v<sup>o</sup> « Manufactures, Fabriques et ateliers dangereux. Chap. 6, § 1 – Rétroactivité, interruption, translation, suppression », p. 39 (n<sup>o</sup> 140).

しかも、後者の見解では、既存施設の経営を続けることができるためには、「施設が〔分類を定める法令〕以前から存在しており、かつ、その設置について差止請求（opposition）がなされておらず、それ故に既得権（droit acquis）を生じさせていたのではなくてはならない」と述べられており、既得権に基づき、「分類の当時に置かれていた状況のままに施設を維持すること」が許容されると説明されていた<sup>613</sup>。つまり、民法典2条に関する私法学説と同じく、1810年法の11条を「既得権の確立」<sup>614</sup>であると理解する論者がいたのである。そして、このように解する論者は、既得権の尊重という観点から、増改築など新たな事情が生じていない限り、行政は既存施設の経営を制限するような個別的措置を命ずることはできないという帰結をも導くのであった。

こうしてみると、新たな警察規制立法はそれ以前に設置された施設に対しても適用されるというジュスランの見解は、多くの裁判例を踏まえたものではあるが、一定の立法例やそれに関する裁判例と齟齬があるだけでなく、必ずしも19世紀中頃の学説と一致するものでもなかったことが分かるであろう。

## 5. 小括

ジュスランは、19世紀中頃、建築規則に対して既得権を認めた破毀院のメートル判決（1840年）を批判した。既得権を否認するにあたって、ジュスランも、法律の作用対象事実の時間的位置づけの観点から、新法が制定された後には「行政立法の以後の時間と、その公布以後の継続的事実しか問題となっていない」と考え、新法が適用されることを一つの論拠としていた。ただ、それだけでなく、公序や警察規制立法に対しては既得権が存在しえ得ないとも主張していた。

その主張を支える事例は多く存在しており、既存建築物に対する新たな建築規制であっても既得権に基づく保護を認めず、新法による規制が及ぶと判断されることもあった。第三項で取り上げた諸事例では、特に、問題となった規制立法が公序や警察を目的としていることを理由にして新法が適用されると帰結するものが多く見られた。こうした事例に着目するならば、確かに、建築規則などの警察規則の時間的効力は原則として制限されないと解することも不可能ではなかったかもしれない。

だが、これに対して、新法に対して既存の状態を維持すべきとする立法例も幾つかあった（1827年の森林法では「既得権」が生じている場合に旧法の適用が認められ、また、分類施設に関する1810年のデクレでは、当該デクレに「遡及効」がないと規定された）。また、メートル判決後に、破毀院は、建築規則といえども既得権を尊重しなければならないと判示することもあった。興味深いのは、法律が既得権の尊重を認めていた事例においても、破毀院は、権利とその行使方法とを区別し、既得権が認められるのは前者のみであり、後者については公序や警察上の規制に服すると解していた。そうではあるが、警察規制立法に対してであっても、

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 39 (n<sup>os</sup> 141 et 143).

<sup>614</sup> Léon BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, T. 16, Paul Dupont, 1899, p. 100 (n<sup>o</sup> 303).

既得権が認められたり、その存在が観念されることはあったのである。

とはいえ、ジュスランの既得権否認論には先駆的意義があったことも確かである。このことは、私法学説においては 19 世紀末から 20 世紀初頭に至って初めて既得権論が強く批判されるようになったことと対比するならば、明らかであろう。しかも、それだけでなく、行政裁判所において警察規則が争われるようになると、コンセイユ・デタは、既得権論には依拠せずに判決を下したのである。次款では、コンセイユ・デタの判決を取り上げることとしよう。

### 第三款 警察規制立法と既得権

ジュスランの既得権否認論や警察規制立法の適用を認めた多くの破毀院判例にもかかわらず、19 世紀末までの学説は、一般に、既得権論それ自体は破毀院判例であったこともあり、これを否定するまでには至らなかった。そのためには、19 世紀末に現れる論者（ヴァレイユ・ソミエールやプラニオル）による批判的見解の普及を待たなくてはならなかった。むしろ、破毀院によって既得権が認められることのあった建築規則に関して、学説は、既得権の有無に関して裁判例の整理を試みることで、その整合的な説明ができると考えたのである（第一項）。これに対して、20 世紀初頭、行政裁判所では大きく異なる判断が示されることになる。コンセイユ・デタは、既得権論に依拠しないだけでなく、既存建築物に対する建築規則の適用の可否を判断するにあたって、不遡及原則との適合性には触れなかったのである（第二項）。

#### 第一項 学説による裁判例の整理

既述のとおり、新たな建築規則の適用をめぐることは、破毀院の裁判例に対立が生じていた。そのため、その裁判例をどのように理解するのかで、見解が分かれることがあった。

ここでは、1898 年の事例<sup>615</sup>を取り上げることから始めよう。その評釈において、裁判例が的確に整理されたからである。この事例では、リヨン市長が、住宅街の大通りや小路において、雨水・生活排水・廃水を流すためのむき出しの排水溝を禁止するとともに、滞留しないように適切な勾配があり、かつ、臭いが発生しないように設置された水路による排水を義務づけたことが争われた。然るに、破毀院は、次のように判示して、こうした衛生上の警察規則を既存建築物に対して適用するとしても不遡及原則には反しないと判断した。

「所有権者に対して、覆いのある排水溝による雨水・生活排水・廃水を排出を確保するよう命じることで、1897 年 2 月 16 日の〔リヨン市長による本件〕アレテは、1884 年 4 月 5 日の法律 97 条 6 号を適用しただけであり、同条は、伝染病に対する適切な予防策を講じることを市警察の責務としていいる。いかなる所有権者も、公衆衛生にとって危険な状況（*état de choses*）を維持し得ると主張することはできない。上記アレテの 4 条は、日々繰り返され日々新たな危険を引き起こす状況を改善するための規定である。そうすると、当該規定は、法律の不遡及原則に反するものと見なすことはできない。」

ここでも、建築規則が適用されることの理由として、「公衆衛生にとって危険な状況（*état*

<sup>615</sup> Cass. crim, 29 juill. 1898, *Ribeyrolles*, S. 1900, I, p. 157.

de choses) を維持し得ると主張することはできない」こと、および、本件規則は「日々繰り返され日々新たな危険を引き起こす状況を改善するための規定である」ことが挙げられている。これらは、将来に向かって新法を適用すべき理由として幾度も指摘されてきた論拠である。そして確かに、危険な状況が継続的事実であることに着目すると、これに対して新法をその公布以後に適用するのであれば遡及効はないことになる。しかし、それでは、既存建築物について既得権を認めた事例と平仄がとれない。

学説では、こうした状況においてお、なお、既得権論はその思考の土台であった。例えば、上記事件の評釈においては、既得権を認めた破毀院判例が肯定的に参照されており、ジュスランの見解には疑問が呈されていた。とはいえ、既得権を肯定すべきか否かが単純に論じられたわけでもなかった。むしろ、次のように、裁判例の整合的な理解に務めたのである。

「法律は常にその目的を達成できるとしても、その手段は必ずしも自由ではない。したがって、常に、行政立法の規定によって無償で所期の計画を実行できるわけではない。しばしば、公益を理由とした収用 (expropriation) の手段を用いる必要がある。公の秩序が問題である場合でのそうした措置の必要性は、公の秩序や警察に対しても既得権が存在し得ることを示している。そして、実際、公衆衛生や公共の安全のために行政の制定した行政立法が所有権を侵していると言っている程にそれを変更することになる場合、そうした規定は、その公布時に存在する状況には関係がない。だが、これに対して、行政立法が所有権を侵すことなくその使用にしか関係しない場合、そうした規定には拘束力があり、既存の状況に対しても適用される。」<sup>(616)</sup>

所有権それ自体とその使用とを区別することは、以前の破毀院判例でも見られた (1827 年の森林法に関する事例)。また、建築規則が争われた事例でも、1882 年の事例<sup>(617)</sup>において既に、破毀院は、「既存の醸造所の所有者に対してその財産の構造 (économie) を変更しなければならない工事の施工」が義務づけられたことを理由にして既得権を侵害していると判断していた。区別論に依拠するならば、ここで既得権の侵害が認められたのは、そうした程度の変更は所有権それ自体を侵害するものである解されたからである、と説明されることになる。

こうして、19 世紀後半には、破毀院は所有権それ自体の侵害に相当するか否かによって既得権の有無を判断している、と理解されるようになったのである。すなわち、19 世紀末に衛生警察行政についてテーズを著したジュアールが述べているように、「建物の居住者に対して一般衛生に対して有害な使用方法を用いることを禁止する場合には、市長は、所有権を侵害していない」。だが、「不衛生の原因を除去するために、市長が、所有物の現在の構成を変えてしまったり、所有物が服している利用制度を変更するような工事や措置を命

<sup>616</sup> S. 1900, I, p. 157.

<sup>617</sup> Cass. crim., 5 août 1882, *Bachet, préc.*.

じる場合」、「そうした命令は、法律によって確立されている自由な処分権能、不可侵の特権という点で、所有権を侵害している」<sup>(618)</sup>、ということなのである。

この点、確かに、破毀院で既得権が認められてきた事例では、既存建築物の取壊や、壁の資材や高さ・厚さについて新たな規制への適合工事が義務づけられ、所有権侵害の程度は大きかった。これに対して、雨樋や配水管の設置、家屋を家畜小屋として使用することの禁止、汲み取り便所の便槽の設置、建物の増改築の制限といった場合には既得権は認められなかったが、それは、建物の大規模改修を必要とせず新たな設備を設けるといったこと等の義務づけであり、所有権それ自体を制限してはいないと理解できるような事案であった。

しかし、このように整理をすとしても、その一方で、「所有権に関する行政立法の適法性」に関して、ジュアールは、「市のアレテの適法性を審査する場合、既得権を考慮することは非常に重要であり、特に、建築警察規則はそれを最大限に考慮しなければならない」とも述べていた。つまり、ここで「既得権」が、所有権そのものを念頭に置いていることは疑いないが、それが新法の適用を免れることの説明としては、既得権論になおも依拠していたのである。

これに対して、19世紀末になると、破毀院判例を既得権の有無では説明できないと考える論者も現れた。既得権を侵害する警察規則は違法であると説明するためには、「どのような場合に既得権と直面するのか、さらには、安全や公衆衛生に対して実際にそうした権利が存在するか否かを問わなければならなくなる」。だが、多様で対立するかにも見える裁判例を踏まえるならば、「判例は、一般利益と私益との間で守るべき節度 (mesure) から着想を得ている」と考えられる。したがって、裁判例での結論の相違は、「調和」を見出しているものとして整理・理解すべき、というのである<sup>(619)</sup>。

## 第二項 1908年のマルク判決

19世紀において、警察規制立法の時間的効力は、主に破毀院で争われてきた。だが、20世紀になると、警察規則それ自体に対する取消訴訟(越権訴訟)という形で行政裁判所でも争うことが認められるようになる。しかも、20世紀になっても、新たな警察規則の適用をめぐる争いは紛争が収まることはなかった。1902年2月15日の法律<sup>(620)</sup>は公衆衛生に関して体系的な法整備を図った立法として有名であるが、その1条は、すべての市町村に対して各種の建築規制に関する規定を含む衛生規則を定めることを義務づけたからである(従来は

<sup>618</sup> Léon JOUARRE, *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière d'hygiène et de salubrité*, V. Giard et E. Brière, 1899. 引用箇所は、それぞれ、51頁・53頁・63頁。

<sup>619</sup> Jean DEJAMME, « Du pouvoir réglementaire », *Revue générale d'administration*, 1893, T. I, p. 257 et suiv. (p. 263).

<sup>620</sup> この法律については、参照、吉田克己「フランスにおける非衛生住宅立法の展開——1902年『公衆衛生法』の成立とその意義」北大法学論集47巻2号(1996年)1-67頁。シレー誌の「Lois annotées」で、註釈付きの全文を見ることができる(S. 1902, III, p. 345 et suiv.)。



任意であった)。それは、次のような規定であった。

1 条 すべてのコミューンにおいて、公衆衛生 (santé publique) を保護するために、市長は、市議会の意見を徴した後、衛生規則 (règlement sanitaire) に関する市のアレテの形式において、次の各号<sup>(621)</sup>について定めなければならない。

1° 1884 年 4 月 5 日の法律 97 条<sup>(622)</sup>により、この法律の 4 条<sup>(623)</sup>が定める伝染病を予防または抑止するために執るべき予防措置 (précautions)、とりわけ、患者が使用した物品 (objet) またはそれによって汚染された物品その他の感染の媒体となり得る物品についての消毒または破壊の措置。

2° 住宅および附属する土地・建物、私道 (行き止まりになっているものを含む)、家具付きの宿泊施設その他の集合住宅 (autres agglomérations quelle qu'en soit la nature)<sup>(624)</sup>の衛生を確保するための規定<sup>(625)</sup>、とりわけ、飲料水の供給や汚物 (matières usées) の排出に関する規定。

1902 年法に基づき制定された衛生規則をめぐることは、行政訴訟が数多く提起された。その中に注目されるものに 1908 年のマルク判決<sup>(626)</sup>がある。そこでは、論告担当官のテシエが既存建築物に対する新たな建築規制の問題を正面から取り上げて検討するとともに、コンセイユ・デタもこれに正面から判断を下すことで結着をつけたのである。以下では、これらを順次検討する。

## 1. テシエ論告

論告担当官 (commissaire du gouvernement) であるテシエ (Tessier) は、「衛生規則は過去について規定し得るのか否か、より正確に言えば、既存の私道および建物に適用される規定を含

<sup>621</sup> 市長が衛生規則で定めるべき内容について 1 条が定めている各号は必須の措置であるが、限定列举ではないと解されている (S. 1902, *préc.*, p. 346, note 2)。

<sup>622</sup> S. 1884, III, p. 553.

<sup>623</sup> 4 条「この法律の規定の適用を受ける病気のリストは、この法律の公布後 6 ヶ月以内に、医学アカデミーおよびフランス公衆衛生諮問委員会の意見を徴した後、内務大臣の報告に基づき、共和国大統領のデクレによってこれを定めるものとする。」

<sup>624</sup> 政府原案では、「agglomération」を殆ど「都市、コミューン」のような意味で用いた上で、その衛生に関する事項として公道の清潔や公道での水の流れが挙げられていた。だが、制定法律での「agglomération」は、その意味は明確ではないものの、「集合住宅地 (cité)、邸宅 (villa)」などに限られると解された (S. 1902, *préc.*, pp. 347-348, note 12)。

<sup>625</sup> 政府案の趣旨説明によれば、衛生規則により規定されるべき事項として、第一に住宅の衛生については、住宅の高さ、階の数と高さ、居住部屋の規模と換気、庭・中庭の規模、トイレ・排水管に関する事項、個人用の下水管、暖炉の設置、火災予防のための煙道 (煙突など) などがある。第二に集合住宅の衛生については、公道の清潔、公道での水の流れ、清掃、汚物溜め、汲み取り式便所や汚物溜めからのくみ出し、ゴミ捨て場とその運搬、私的な畜殺場・屠畜場の管理、食肉検査、販売される食料品の衛生などがある (*Ibid.*)。なお、後者については、前注のとおり、政府原案では「agglomération」の意味が広がったため、必ずしも集合住宅の衛生とは関係のない事項にまで対象が及んでいる。集合住宅に固有の衛生事項としては、汚物関連に限られるものと思われる。

<sup>626</sup> CE, 5 juin 1908, *Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, *Rec.*, p. 611, concl. Tessier ; S. 1909, III, p. 113, note Hauriou.

み得るのか、それとも、新設される道路および新築される建物についてのみ規定し得るのか否か」という形で問題を設定した<sup>(627)</sup>。この点の検討にあたっては、「判例は、専ら、〔公衆衛生上の警察〕措置を発する権限を、当該建物の『構造 (économie)』を侵害ない場合に制限しただけである」との理解が前提とされた<sup>(628)</sup>。では、構造の変更を迫るような規制内容を除いて、新たな規制が許されるのは何故なのか。テシエは、次のように理解した。

「警察法とりわけ衛生関連の法律の領域において、絶対的かついわば自動的に不遡及原則を持ち出すことは、そうした領域における実効的な立法の可能性を否定することである。不衛生というのは常に繰り返される慢性的な状態であり、その除去について規定する法律および行政立法は全くもって不遡及原則を犯してはならず、また、市民の感染に対して不可侵の権利を取得し得るなどと認めることはできないであろう。」<sup>(629)</sup>

実際にも、1902 年法とその審議過程での議論を踏まえると、衛生規則は既存建築物をも対象にしていると解されるようである。というのも、「1 条規定は、可能な限り一般的である。警察規則は、『住居および附属する土地・建物の衛生を確保するための規定』を設け得るとされているのであって、住居について、すなわち、既存または新築のあらゆる住居について、なのである」。

ここまでの議論に目新しい内容はない。「常に繰り返される慢性的な状態」に対する新法の適用に遡及効を見出すべきでないことは、1828 年の出版規制立法をめぐって既に同旨のことが主張されており、その後も繰り返し説かれてきた。だが、テシエは、ここで検討を止めなかった。既存建築物に対しても規制を及ぼすことができるとして、さらに、その内容的な範囲・限界を次のように問うたのである。

「したがって、市長は公衆衛生のために付与された権限を濫用していないか、また、衛生規則の規定は、特に尊重すべき公法や私法の何らかの原則に反してはいないか、を審理すべきである。〔中略〕ここでは、ある頑固な衛生主義者らの少々過剰な熱意を和らげるために、原告が主張するものとしては不遡及の概念、より正確に言えば、取得された地位 (situations acquises) の尊重の概念を援用すべきである」。政府原案のように、「行政立法には、既に建設された住居の衛生化のために不可欠の条件をも含むべき」ことを認めるとしても、警察規則が定められるのは、「不可欠な条件なのであって、新築の建物に対する場合のような、好ましく単に有益な条件のすべてではない」。「それ故に、既存建築物については、衛生規則に、将来の建築に対して規定しうる所有権の侵害よりも低い

<sup>627</sup> TESSIER, concl. *préc.*, pp. 616-617.

<sup>628</sup> コンセイユ・デタ内部においては、テシエ論告以前においても、論告担当官のヴァラブレグが、不遡及原則への違反の一例として、破毀院の裁判例を参照しつつ、「既存の財産の仕組みと構造 (le régime et l'économie des propriétés déjà existantes) を変えてしまうこと」を挙げていた (VALABRÈGUE, concl. sur CE, 25 mars 1887, *Bains de Paris et du département de la Seine, Rec.*, p. 255 (258))。これは、公衆浴場の施設に対する安全規制のための措置が争われた事件である。

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 617.

程度のものしか認めるべきではない。ただし、不衛生の原因の除去は、……個別的措置という形で、  
12条<sup>(630)</sup>以下の手続の適用によって達成することは可能である」<sup>(631)</sup>。

このように、テシエは、警察規制に対して不遡及原則を持ち出すことには慎重であるべきと考えながらも、「取得された地位の尊重」が公法上であっても要請されることを説いた。既存建築物と今後建築される場合とで規制権限の内容が異なる、というのである。こうして、後者に対してであれば可能な程度の所有権の侵害を、同じように前者にも及ぼすことは許されないと解された。

そして、以上のように検討した結果、テシエとしても、既存建築物に関しては従来の判例による区別を維持すべきであり、すなわち、「建設済みの不動産の基礎状態 (regime essentiel)、構造 (économie) に対して変更をもたらすことになる一般規定」は許されない(そうした衛生規則はコンセイユ・デタにより取消されるべき)、と結論づけたのであった<sup>(632)</sup>。

## 2. コンセイユ・デタ判決

コンセイユ・デタは、「衛生規則はその公布以前に建設された建物に適用される措置を規定し得ないという〔原則の〕主張」につき、テシエの論告を容れて、次のような判断を示した。

「1902年2月15日の法律の1条2項の規定は一般的であり、新築される中高層建築物 (immeuble) と既に建設された中高層建築物とを区別せずに、その性質の如何にかかわらず、市にある不動産すべてを対象としている。したがって、衛生規則 (règlement sanitaire) は、何れに対しても適用される。ただし、既に建設された中高層建築物に対する市当局の権限は、新築される中高層建築物に対する場合より広いということはなく、また、これら二種類のそれぞれにつき、公衆衛生のために法的に課すことのできる負担の限度を行政が超えていないか否かを別々に審理することは、裁判官の権能に属する。

既に建設された中高層建築物に関しては、原則として、衛生規則は建物の構造や設備を変更させることとなるような条件を規定してはならない。ただし、公衆衛生の保持のための措置としてその

<sup>630</sup> 12条1項「中高層建築物 (immeuble) (建築済みでないものを含み、また、公道に接していないものも含む。) が居住者や近隣住民の健康にとって危険である場合、市長 (市長が欠ける場合には知事) は、この法律の20条が定める衛生委員会に対して、次の各号について諮問するものとする。1° 工事の必要性と性質について。2° 不衛生の原因が除去されるまでの間当該建築物の全部または一部の居住禁止について。」

7項「衛生委員会または衛生審議会の意見は、工事が行われるべき期限または居住の一部もしくは全部が禁止されることになる期間を定める。……。」

8項「市長が委員会の意見について争わない場合、または、市長が争った場合には衛生審議会の意見が知事によって通知された後、市長は、必要となる工事を命じるアレテ又は居住の禁止について定めるアレテを発し、所有者に対して所定の期限内にアレテに従うよう命じる。」

<sup>631</sup> Ibid., p. 622.

<sup>632</sup> Ibid., p. 623.

高度の必要性が明らかにされている場合、特に、排泄物の排出および飲料水の供給のための工事として上記法律 1 条 2 項が明示している場合については、その限りではない。こうした強度の必要性が認められる場合を除くと、同規模の工事は、すべての住居に適用される行政立法によって規定してはならないが、同法 12 条の定める条件に該当するものとして不衛生であることが認定された場合には、当該中高層建築物に対して、個別的措置という形でのみ命じることができる。」

このように、コンセイユ・デタは、「既に建築された中高層建築物に対する市当局の権限は、新築される中高層建築物に対する場合より広いということはない〔い〕」とした上で、「既に建設された中高層建築物に関しては、原則として、衛生規則は建物の構造や設備を変更させることとなるような条件を規定してはならない」という限界を設定した。これは、破毀院判例を整理することで学説が提示した区別を行政裁判所も認めたということである。

ただし、コンセイユ・デタは、「強度の必要性」が明らかである場合には例外が可能であることも認めた。この点は、本件事案に関する限りは、建物の構造変更を余儀なくさせるような規制をも 1902 年法が部分的に認めていたことが斟酌されたものと思われる。もっとも、警察規制権限の内容に関して必要性を考慮することは、コンセイユ・デタの判例でもあった。従来から、コンセイユ・デタでは、不衛生の原因除去のための個別的な措置命令の適法性につき、実施されるべき工事の性質・規模を市長が特定することは原則として許されないと判断されてきたが、例えば便所の設置が唯一あり得る手段であるといった場合など、当該工事に必要性が認められる場合には特定内容の措置命令も可能であるとされてきたのである<sup>(633)</sup>。したがって、例外的措置の可能性については、従来の判例を踏まえた判断であると言える。

### 3. コンセイユ・デタの問題設定

さて、1908 年に下されたマルク判決は、直ちに確立した判例となった<sup>(634)</sup>。この判決に

<sup>633</sup> CE, 1<sup>er</sup> mai 1896, *Boucher d'Argis*, S. 1898, III, p. 67 ; CE, 22 nov. 1907, *Fischer de Chavriers*, Rec., p. 854 ; CE, 17 janv. 1908, *Dame Monvoisin*, Rec., p. 61 (これらは、トイレの水洗装置 (*chasse d'eau*) の設置の必要性を認めた事例)。

ここには、ジュアールによれば、有害な状態を除去することにつき、所有者にとって安価かつ効率的な他の方法があり得る場合には、市長が専ら一つの方法を強制することはできないという考慮があるようである。つまり、「目的を設定するのは公的機関であり、手段を決めるのは所有者である」、ということである (L. JOUARRE, *op. cit.*, p. 54)。こう述べるにあたってジュアールが参照している事例として、CE, 5 mai 1865, Rec., p. 491 ; CE, 12 mai 1882, *Palazzi*, Rec., p. 450 ; CE, 7 mai 1886, *Beaujour*, Rec., p. 387 (この事例では、同事件につき破毀院が反対の評価を示した。Cass, 26 juill. 1885, D. 1886, I, p. 275) ; CE, 23 déc. 1892, Rec., p. 929 ; Cass, 13 févr. 1857, D. 1857, I, p. 178 ; Cass, 23 juill. 1864, D. 1865, I, p. 326 ; Cass, 27 juin 1879, D. 1880, I, p. 47。

<sup>634</sup> マルク判決後に同旨の判断を示す裁判例が、多数ある。CE, 15 janv. 1909, *Vial, Guillotel et autres*, Rec., p. 30 ; CE, 21 mai 1909, *Gay et Chambre syndicale des propriétaires de Marseille*, Rec., p. 513 ; CE, 3 juin 1910, *Auger*, Rec., p. 425 ; CE, 24 févr. 1911, *Mathieu et Association des propriétaires et locataires de la ville de Reims*, Rec., p. 231 ; CE, 13 déc. 1911, *Boucher-Baurain*, Rec., p. 1179 ; CE, 13 mars 1914, *TenandI*, Rec., p. 338 ; CE, 24 déc. 1915, *Serve*, Rec., p. 368 ; CE, 17 mars 1932, *Badle*, Rec., p. 326 ; CE, 22 juill. 1932, *Abric*, Rec., p. 765 ; CE, 7 nov. 1934, *Association des propriétaires algériens*, Rec., p. 1013 ; CE, 4 août 1944, *Association des propriétaires*

ついては、オーリウの簡潔な評釈がある。そこでは、判示内容が四点に整理されている。すなわち、第一に、1902 年法は既存建築物と将来的に建築されるものの何れをも対象としているが、警察規制権限は、前者に関しては後者よりも制限される。第二に、既存建築物に対する構造の根本的変更は、行政立法においては、法律が特別に定めた目的（1902 年法 1 条 2 号が定める排泄物の排出、飲料水の供給）のためにしか規定できない。第三に、衛生規則によって所有者に対して課すことのできる負担の限界を超えていないか否かは、裁判官の審査に服する。第四に、行政立法による一般的措置と、法 12 条所定の個別的措置とを混同すべきではなく、後者が定める特別の事由・手続により、あらゆる建築物に対して、あらゆる種類の措置を命じることができる。

ここでは判旨が殆どそのままに整理されているに過ぎないが、こうしたオーリウの評釈で注目されるのは、コンセイユ・デタの判断を「取得された地位 (situations acquises)」の尊重に関するものとして位置づけていたことである。これはテシエが述べていたことであり、すなわち、市長の規制権限は「不遡及の概念、より正確に言えば、取得された地位 (situations acquises) の尊重の概念」によって制限されると指摘していた。判決では言及されていないものの、既存建築物と新築される建築物とが典型的に区別されたことは、こうした観点への依拠を窺わせる。ただ、この点、破毀院判例では既得権 (droits acquis) の有無を基準にして不遡及原則への違反が判断されていたことと、コンセイユ・デタの判断とはどのような関係にあるのだろうか。既得権と取得された地位とは似た表現であり、単なる言い換えであると言えるかもしれない。

ただ、取得された地位の尊重に関しては、それがどのような次元の問題なのか、不遡及原則と関係するものなのか否かは明確ではない。というのも、論告担当官のテシエにあっては、「常に繰り返される慢性的な状態」という不衛生状態を除去するための新たな規制であることを理由にして不遡及原則に違反しないと解した上で、それに加えて、取得された地位の尊重の問題を論じていた。だが、これに対して、コンセイユ・デタは事実の時間的位置づけには全く言及せずに、本件の衛生規則の根拠条文が「一般的」であることのみを理由にして既存建築物に対しても規則が適用され得ることを導いた。その上で、その限界を設定したのである。

条文の文言が適用対象を限定していないという意味で一般的であることの指摘は、既に、出版規制立法に関する 1836 年の前記ルミエール判決において破毀院が用いた論拠である。しかし、ルミエール判決では、その指摘に続けて、「したがって、法律所定の性質を有する事実がその法律の下で生じる場合には、当該法律がすべてを支配する。販売と展示は日々繰り返される事実であり、法律の公布後になされる場合、当然に当該法律に服することになる」とも判示していた。つまり、条文の文言の一般性ととも、法律の作用対象事実の時間的位置づけをも考慮することで、遡及効を否定していたのである。

もちろん、コンセイユ・デタが、およそ警察規則には不遡及原則が適用されないと述べ

たわけではない。少なくとも本件において、既存建築物に対して将来的に新たな規制を及ぼすことが不遡及原則に関係する問題とは位置づけられなかったに過ぎない。あるいは、黙示的にはあるが、遡及効はないという結論であったのかもしれない。これまでの破毀院判例を踏まえるならば、実際にも、本件を不遡及原則に違反すると解することは困難であろう。例えば、マルク判決後において、本件のような事例についてジェーズは次のように説明している。すなわち、「将来的に、〔新法以前に建築した個人〕は、法律によって禁止された不衛生な環境のまま住宅を維持することはできなくなる。そのため、必要な衛生化工事を行わないならば、以後においては、所有権を違法に行使している。個人は、建築したためではなく、建築物を修繕しなかったために、法律上の制裁を受けるのである」<sup>(635)</sup>。「建築したためではなく」と述べているのは、新法が過去の建築行為を遡及的に違法とするものではないことの指摘である。そうではなく、ジェーズによれば、新法は不衛生なままに建築物を維持することを禁止し、そうした建築物の所有者に対して将来的に修繕を義務づけたものであって、したがって、遡及効はないと解されたのである。

もし不遡及原則への違反はないとすれば、なおさら、コンセイユ・デタが既存建築物を新築のものとは典型的に区別したこと、テシエやオーリウの表現によるならば、取得された地位の尊重ということが、どのような次元の問題なのかを明らかにする必要がある。以下では、この点について検討する。

#### 4. 警察規則をめぐる時間的効力と内容的限界の区別

まず、マルク判決においては、本件の衛生規則が既存建築物に対しても適用適用されるとした上で、「公衆衛生のために法的に課すことのできる負担の限度を行政が超えていないか否かを……審理することは、裁判官の権能に属する」と判示されていたことが注目される。本件において衛生規則によって負担が課されるのは建物所有者であるから、その負担とは、所有権に対する何らかの制限を意味する。そうすると、コンセイユ・デタは、所有権に対して許される制限の内容・程度の問題として事案を位置づけていたのではないか。つまり、不遡及原則に何ら言及せず、事実の時間的位置づけにも全く触れなかったマルク判決では、警察権限の内容的限界という観点からの判断がなされたのではないかと思われるのである。

また、このことは、「衛生規則は〔既存の〕建物の構造や設備を変更させることとなるような条件を規定してはならない」という限界が設定されたことの帰結からも窺われる。というのも、破毀院判例でも同じ限界が認められてきたが、それを超えるとすれば既得権の侵害であり不遡及原則に違反するものとして違法になることを意味していた。だが、コンセイユ・デタの理解はそれとは異なっている。マルク判決では、上記限界の設定に続けて、「ただし、公衆衛生の保持のための措置としてその高度の必要性が明らかにされている場合」には、例外が許容されることが認められたのである。ここでは、例外的措置が許容さ

<sup>635</sup> Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., 1925, p. 130.

れ得ることと、その是非は当該措置の必要性によって判断すべきとの基準が示された<sup>(636)</sup>。しかし、既存建築物に対する新たな規制の許容性がその必要性の有無によって決まるといえるのは、既得権論の議論枠組みとは異なるように思われる。ある規制の必要性の有無は、明らかに時間的効力の問題とは関係がないからである。

実は、コンセイユ・デタのような観点は、マルク判決以前にも一部の学説によって指摘されていた。夙に、行政立法権限についての 1844 年の概説書において、「財産権に損害を及ぼすことと遡及効があることとは異なる」と説く論者<sup>(637)</sup>がおり、19 世紀末頃からオリウ等がこの文献を参照していたのである。そのように説いた際の問題関心は、1836 年の破毀院判決<sup>(638)</sup>において、「法律の不遡及原則は、単なる警察規則に適用することはできず、市は公共の秩序と安全に関わり得ることを常に監視する権利と義務がある」と判示されたことに対する批判にあった。すなわち、この事案では歩道にベンチを置くことが禁止されるとともに既設のものには除却が義務づけられたことが争われていたが、論者によれば、「ここには遡及効はなく、もし既得権があるとすれば、既得権に対する損害と侵害があるだけであろう」、と考えるべきなのであった。こうした観点から、破毀院が不遡及原則を援用したことは誤っていると批判したのである。

既存状態に対する新たな警察規則の適用に関して遡及効と既得権侵害（あるいは所有権侵害）とを区別すべきとする見解は、1908 年に著された J・ラフェリエールのテーズにおいても、明確に提示された。すなわち、「判決ではそのようになっているものの、所有権の行使に対して警察が課す制限の正当性を評価するために不遡及原則をこだわることはできない」と主張したのである。また、「〔藁葺き屋根の除却〕を規定する行政立法にも遡及効はないが、しかし、違法であろう……。なぜなら、個人に課される義務が警察権限の限界を超えているからである」<sup>(639)</sup>とも述べており、やはり、警察権限の限界が、所有権に対して許される制限の問題として位置づけられたのである。

このように、警察規則の内容的限界とその遡及効とが区別されるべきであるとする、既存建築物に対する適用の可否は、そもそも時間的効力に関する問題ではない、ということになり得る。そして、こうした理解は当時においても支持され<sup>(640)</sup>、現在では広く享有されるようになっている。例えば、行政法の不遡及原則について初めて本格的研究を行った

<sup>636</sup> なお、規制措置の許容性をその必要性によって判断するという基準は、比例原則の観点に立つもののように思われるが、当時、そのように説明する論者はいなかった。また、現在では一般に、コンセイユ・デタが比例性 (proportionnalité) の審査を行うようになるのは、これよりも後からであると解されている。

<sup>637</sup> NAPOLÉON DE CHAMPAGNY, *Traité de la police municipale, ou de l'autorité des maires, de l'administration et du gouvernement en matières réglementaires*, T. I, Videcoq, 1844, pp. 449-450.

<sup>638</sup> 前注 597) を参照。

<sup>639</sup> J. LARERRIÈRE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, thèse Paris, 1908, pp. 15 et 94 suiv. この文献は入手できず未見である。本文での引用にあたっては、Olivier DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, LGDJ, 1954, pp. 119-120 を参照した。テーズの原文を未見であるため、これが著されたのがマルク判決の前後何れであるかについては確認できていない。

<sup>640</sup> A. GUILLOIS, *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, op. cit., p. 80 ; Paul ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, T. II, Sirey, 1933, p. 480

デュペイルーは、J・ラフェリエールを参照しつつ、行政権限の濫用に対して道をふさぐために、破毀院では権限の内在的限界と時間的限界とが混同されてきたことを指摘している<sup>(641)</sup>。実際には不遡及原則には違反していないにもかかわらず、既得権の侵害による遡及効の瑕疵があるという理由で警察権限の過剰に対して限界を画そうとしていた、ということである。

しかし、公法における法律の時間的抵触についてテーズを著したプティによれば、「こうした混同は、既得権論を用いることから生じるように思われる」が、ここには大きな問題があるようである。というのも、「遡及が既得権を覆すことと同一視されると、所有権に対するあらゆる侵害は、それが新法の時間的効力によってではなく所有者に対する負担の過剰によるものである場合にも、遡及していると見なされてしまう」<sup>(642)</sup> からである。

結局、現在では、ヴデルが行政法の教科書の中で「警察規則の時間的適用」に関する項目を設けて述べているような見解が一般的となっている。ヴデルによれば、既存建築物等に対するその適用に関しては既得権の尊重ないしは不遡及原則と関連づけて考えるべきではなく、「警察分野で認められる諸原則に訴えること」が妥当である。すなわち、「旧来の地位に対する新たな規制の適用が絶対的に必要である限りにおいて、旧法下で適法に形成された個人的地位の取得者に対して、人的苦痛や金銭的犠牲を課することができる。この必要性の評価は、具体的な問題である」<sup>(643)</sup>、というのである。

## 5. 取得された地位の尊重の位置づけ

もっとも、警察規則による新たな規制の問題は、専ら、警察権限の内容的限界の問題として位置づけられるのであろうか。換言すれば、「取得された地位の尊重」とは、所有権などの個人的権利に対して許される制限の問題として完全に置き換えられるのであろうか。

確かに、既述のとおり、19世紀末にはヴァレイユ・ソミエールによって、「法学者は、正義の問題と遡及の問題とを混同してきた」ことが批判され、19世紀の私法学説が遡及効の判定基準としてきた既得権の概念は不当に拡張されていたこと、厳密には遡及効とは関係のない「正義、自然権、主権の一般的義務」の問題までもが不遡及原則の中で論じられてきたことが指摘された<sup>(644)</sup>。

<sup>641</sup> O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, op. cit., p. 119. ただし、このテーズが公表されたのは1954年であるが、デュペイルーは、(行政裁判所・破毀院ともに)判例では、一定の事案(警察規則と公務員の身分)に限られてはいるものの、なおも既得権論に依拠して判断がなされていると指摘しており、その一例として1908年のマルク判決を挙げていた。

<sup>642</sup> J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, op. cit., p. 397.

<sup>643</sup> Georges VEDEL et Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, T. II, 12<sup>e</sup> éd., 1992, pp. 716-717.

なお、Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. II, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1975, p. 350も、「警察措置は、絶対に必要な場合を除いて、既設建築物の構造や設備を変更することを目的とする条件を命じることはできない」と述べている。ただ、同頁では、「警察規則に関しても既得権が存在すると考えられやすい。そうした解釈は、しばしば、新たな規制から多くの影響力を奪うことになる……」とも述べられており、既得権に対する評価は定かでない。

<sup>644</sup> 第三章第二節第三款第三項(4)を参照。



しかし、既存建築物に対する新たな規制に関して、問題は遡及効ではなく警察権限の内容的限界にあると言い切ることはできるのであろうか。フランス法学説の通説的な見方は、そのように解してきた。不遡及原則に含まれ得る問題の広がり認識することに意義があるのは確かであろうが、しかし、夾雑物であるとして取り除くことによって、視野は澄むが狭まりはしないだろうか。フランスでの理解とは異なることになるが、問題の位置づけについては若干の疑問があるのである。

というのも、論告担当官テシエが論じた実質的問題が所有権の尊重という観点からの警察権限の限界であったとしても、そこでは、所有権一般ではなく、所有権に基づき「取得された地位」の尊重という形で議論がなされていた。コンセイユ・デタにおいても、「既に建設された中高層建築物に対する市当局の権限」が問題とされていたものの、必ずしも、所有権に対する警察権限の限界一般について判断したわけではない。既存のものと新築のものとは典型的に区別されていたのである。

おそらく、破毀院が既得権論に依拠してきた中であって、コンセイユ・デタが行政権限に着目したことには、事案の相違が一つの要因であったように思われる。不遡及原則それ自体は立法権を拘束するものではないため、破毀院においては、法律の時間的適用範囲について明文規定がなく争いが生じた際に、立法権の限界について判断することはできない。あくまで、立法者意思の解釈や適用対象となる個人の事情を考慮することになる。これに対して、行政裁判所では、やはり法律の効力は審査できないが、行政立法が争われている場合にはその根拠である行政立法権限の限界について判断することが許される。こうしたことから、マルク判決においては、警察権限の内容的限界について判断し得たのではないだろうか。

ただ、行政権限に着目するにしても、その限界は、対象事実の性質との関係において設定されたことも重要であろう。この点、既存建築物と新築のものとが典型的に区別されることの理由として、同内容の命令・禁止であっても、何れに課されるかによって費用が異なるという指摘がなされた<sup>(645)</sup>。費用は所有権侵害の程度を目に見える形で捉えた一つの指標と言えるかもしれない。もちろん、今後負担せざるを得なくなる費用の大小は現在の土地・建物の所有権者に対する新たな負担であって、それ自体は既存建築物に対する規制権限の問題とは必ずしも結びつかないように思われる。マルク判決でも、既存建築物に対して構造や設備の変更を余儀なくさせるような新たな規制は原則として許されないとの限界が設定されたように、問題の中心は、所有権に対する侵害の程度である。そして、その程度の重大性を判断するにあたっては、構造や設備という基準もまた、所有権侵害の程度を目に見える形で捉えた一つの指標であるように思われる。確かに、抽象的に所有権それ自体を剥奪したり権利内容の一部を制限する場合であれば侵害の程度を観念的に評価できるかもしれないが、所有権の現実的対象物に関して一定の禁止・命令がなされた場合には、

<sup>645</sup> A. GUILLOIS, *op. cit.*, p. 80. ここでは、J. LARERRIÈRE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, *op. cit.*, p. 124 et suiv.が参照されているが、この文献は未見である。

権利そのものの直接的な剥奪・制限ではないので、何らかの外的指標を媒介としつつ権利侵害の程度を評価しなければならない。このことは否定できない。だが、外的指標と侵害程度の評価との間には、もう一つ、考慮すべき段階があるのではないか。例えば、①一定の建築基準が制定され、②既存建築物に対しても適用し、基準に適合するための工事を義務づけるとすれば、④そのままで使用し続けられないという意味で所有権を侵害している。基準制定の一時点のみに着目すれば、このように言えるかもしれない。だが、もう一つ、③所有者は、以前から建物を建築したり購入した上で所有・居住・賃貸等してきた、という事実を考慮しなければならず、これにより、④の評価も影響を受けるのではないか。そして、③の法的意味づけは、所有権に対する制限の評価それ自体ではなく、その前提となるはずの問題ではないのだろうか。

そうすると、既得権論に拠らないとしても、既存の状態をどのように法的に構成するかは、なおも問われるべき課題であったように思われる。実際にも、議論の場は異なるものの、これこそ、20世紀初頭に公法学者が取り組むべき課題の一つであった。これが論じられたのは、講法の時間的効力に関するもう一つ重大な問題領域においてであった。それは、政治的法律の時間的効力である。本質的に公法に属するこの領域においてこそ、上記課題は公法学者にとって切実なものとなり、本格的な議論が交わされることとなったのである。そこで、次節では、この問題について主に学説を中心にして検討することとしよう。



## 第二節 公法学説の時間的効力論

19 世紀において公法の時間的効力が問題となっていたと位置づけられる論点の第二に、政治的法律 (loi politique) の時間的効力がある。本章序論で述べたように、政治的法律についても、私法学説においては不遡及原則が妥当しないと解されてきた。その意味するところは、以前から有していた一定の政治的権利ないし能力であっても新法により失われ得る、ということであった。だが、主に理論的な問題ではあるが、政治的法律との関係においては、一度認められた権利や能力であるとしても法的保護を受けず自由に変更・廃止できるのは何故なのか、それらが既得権であるとされないのは何故なのか。

このように、政治的法律の時間的効力の問題の背後には、公法との関係において個人を法的にどのように把握し、その法的な関係をどのように理論的に構成するか、という問題が潜んでいた。おそらく、こうしたことから、20 世紀初頭に公法理論の構築が目指された際、公法学者は公法の時間的効力をめぐる問題に直面することとなったのである。とはいえ、法律の時間的効力という実践的問題と、公法関係の法的構成という理論的課題との結びつきは、歴史的に意味を持った議論であって、現代では捉えがたい部分があるかもしれない。そのため、議論の場を明確にするために、まず、政治的法律の時間的効力が実際に問題となった裁判事例を取り上げて、それが公法学者に対してどのような理論的課題を突きつけたのかを具体的な形で確認する（第一款——政治的法律の時間的効力）。

ところで、私法学説においては、19 世紀末に既得権論が批判されたことを受けて、20 世紀初頭になると既得権論は殆ど支持を得なくなる。そのため、私法学者も法律の時間的効力について新たな理論の模索を始めるようになるのだが、私法においても、そうした学問動向は純粋に理論的なものであったわけではない。例えば、1901 年 7 月 1 日の結社法は修道会を許可制としたり無許可修道会による教育を禁止したが、同法の実質的な潜脱となる行為を無効とすることを定めた 17 条<sup>646)</sup>には遡及効があるのではないかが問題となった<sup>647)</sup>。また、非嫡出子にその父に対する認知請求権を認めた 1912 年 11 月 16 日の法律に関しても、

<sup>646</sup> 17 条「直接に又は介在者 (personne interposée) その他のあらゆる間接的な方法によりなされた、有償又は無償の、生前又は遺言による行為であって、適法又は違法に結成された団体が第 2 条、6 条、9 条、11 条、13 条、14 条及び 16 条の規定を免れることを可能とする目的を有するものは、全てこれを無効とする。次の各号に掲げる団体構成員、会社および不動産所有者は、反対の証明がない限り、修道会のための介在者であると法律上推定する。〔以下略〕」。

なお、「介在者」とは、山口俊夫『フランス法辞典』によれば、「法的関係において、第三者の目には隠されている真の受益者のための役割を果たす者」と説明されている。また、「interposition de personne」とは「(偽装による) 人の介在、名義貸」のことであり、すなわち、「表見的な法律行為 (会社・組合、贈与など) において名義貸を受諾した表見的な法主体 (personne interposée……) を介在させる偽装 simulation の一種。真の利害関係人の法的障害 (例、受贈能力の欠如) などのため、本人の名は秘密とされ、当事者間の真意はいっぱんに反対書証 contre-lettre に記録される」。

<sup>647</sup> この問題については、参照、TOUREY-PIALLAT, *De la rétroactivité de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur les congrégations*, Marchal et Billard, 1905.

これ以前に出生した非嫡出子にも同法が適用されるのかが議論となった（具体的には、破毀院は適用を認め、学説も結論としては適用すべきと解してきたため、その根拠づけが問題となった）。こうした実践的問題との関係において、私法学説においても既得権論が批判されたのである。

このように法律の時間的効力に関する理論の再検討が求められたという意味では、具体的な問題状況は異なるとしても、公法学説と私法学説の理論的課題には共通する側面があったように思われる。しかし、前者にとって、後者の議論は納得のいくものではなかったようである。そうであるからこそ、公法学者は独自の議論を展開したのであった。では、私法学説による理論的な再検討はどのような内容であったのだろうか。同時代的な議論の相違を明確にするために、次に、私法学説について検討する（**第二款——私法学説による既得権論の克服**）。

さて、理論的課題の確認および同時代的な私法学説の議論を踏まえた上で、最後に、公法学説の検討を行う。公法の時間的効力に関する実践的問題を前にしつつ、公法と個人の結びつきを法理論的にどのように構成しようと試みたのであろうか。もちろん、公法理論の構築にあたっては、その他にも様々な論点が関係していたことは当然である。その中でも、本款で着目するのは、法律（または行政立法）との関係において一度認められた権利や能力の新法からの保護を導くために、あるいは保護されず新法の影響を受けることを説明するために、どのような法的構成が試みられたのかである（**第三款——公法学説による理論構築の試み**）。

この課題は、時代が移りゆき社会に大きな変化が生じてきた中であって、個人の法的な立場がその時々法律に依存することになりかねないだけに、理論的にも現実的にも重要であったのではないかと思われる。

## 第一款 政治的法律の時間的効力

### 第一項 政治的能力

#### 1. 政治的法律の遡及効と政治的能力

まず初めに、政治的法律には不遡及原則が妥当しないと説かれる際に前提であったはずの諸事例を確認しておこう。

選挙法に関しては、1852年2月2日の組織デクレが、当局の執行者に対する侮辱罪により1ヶ月以上の禁固刑に処せられた者は刑期の満了から5年間は選挙人名簿に記載され得ないとしたが(16条)、1868年の事例<sup>(648)</sup>では、当該デクレの公布前に有罪判決を受けた者もその適用対象となるのかが争われた。つまり、選挙資格を制限する法律がその公布前に生じた事実にも適用されるのかが争われた。この場合、刑事法については憲法レベルで遡及処罰の禁止が明定されている。だが、破毀院は、次のように判示して適用を認めたのであった。

「組織デクレ16条は、刑法(*loi pénal*)の条文と何ら関係がない。デクレが定める無能力は、デクレ所定の有罪判決を受けた者すべてに対して適用されるのであり、当該有罪判決が下された際の刑事法がどのようなものであったとしても、有罪判決が1852年2月2日のデクレより前であっても後であっても適用される。」

しかし、選挙資格の制限が刑法とは関係がないとしても、なぜ、1852年デクレの適用が許されるのかについては、理由が述べられてはいない。この点、1876年の事例<sup>(649)</sup>では原則的な理由づけが示された。浮浪者(*mendicité*)であると宣告された者は選挙人資格が失われることを定めた1852年2月2日のデクレの適用が上記事例と同じような形で争われた事案において、原審が民法典2条に基づき本件デクレの適用を斥けたところ、破毀院は、次のように判示したのである。

「法律の不遡及原則は、政治的能力(*capacité politique*)について定める法律には適用されない。」

「原判決は上記の民法典2条を誤って適用し、したがって同条に違反した……。」

では、政治的能力に関しては、なぜ、不遡及原則の適用が排除されるのか。この点、1885年の事例<sup>(650)</sup>においても、破毀院では、「〔議会の組織や選挙資格に関する定めは、〕本質的

<sup>648</sup> Cass. req., 15 avril 1868, *Ancelet*, S. 1868, I, p. 184.

<sup>649</sup> Cass. civ., 23 mars 1876, *Maigne c/ Ferraudier*, S. 1876, I, p. 222 ; D. 1876, I, p. 204.

<sup>650</sup> Cass. civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy Dumont c/ Élect. de Villenours*, S. 1886, I, p. 378 ; D. 1885, I, p. 458. フランスのインド植民地における議会の組織および議員選挙における選挙資格・被選挙資格に関する法改正

に、行政および政治領域の法律規定である。法律の不遡及原則は、政治的性格の明らかな選挙権について規定する法律には適用しえない」と判示されるのみで、先例の踏襲にとどまった。ただ、この事例では、報告裁判官（conseiller rapporteur）のグレフィエ（Greffier）が一定の理由づけを示したことが注目される。すなわち、「判例・学説によれば、また行政的・政治的・社会的必要から言い得ることであるが、政治的権利の享有（jouissance）は確定的に取得された地位（situation définitivement et irrévocablement acquise）をなすものではない」。ここでは、学説が公益性の強調によって変更可能性を基礎づけてきたことを私人の側から捉えて、「確定的に取得された地位」ではないために本質的に変更可能であるとされた。その上で、「政治法の原則に、民事法律についての民法典 2 条所定の原則の適用は含まれない」と帰結されたのであった。

また、政治的法律の例には官吏特権に関する法令も挙げられるが、これについても、不遡及原則は適用されないと解された。官吏をその職務に関連する事実を理由にして訴追するためには共和暦 8 年憲法 75 条によりコンセイユ・デタの事前承認が必要とされていたが、1870 年 8 月 19 日のデクレによってこれが廃止されたことに関して、1874 年の事例<sup>651</sup>では、1870 年デクレの公布以前の行為であっても以後は訴追のために事前承認が不要となるのかが問題となった。然るに、原審が 1870 年デクレの適用を否定したのに対して、破毀院は、次のように判示して適用を認めたのであった。

「共和暦 8 年憲法 75 条による保護は、官吏個人のためではなく、行政のために設けられたのであり、行政活動を妨げてしまい得る抑圧的訴訟からその活動を守るためのものである。そうすると、かかる保護は廃止され得るものであったのであり、それを廃止したデクレより前の行為についてであっても、官吏は何らの既得権（droit acquis）も援用することができない。この場合、デクレより前にレクレルク氏に対する訴えが提起されていたことは問題ではなく、また、現時点では承認がないため請求を不受理であるとした判決が下されていることも問題ではない。そうした決定は全くもって暫定的であり、当時は必要であった承認が得られるまでは訴えの行使を停止するだけなのであって、デクレが承認を不要とした後においては、そうした形式を満たしていなくても訴訟手続を継続することができたのである」。したがって、「原判決は上記デクレに反しており、かつ、民法典 2 条を誤って適用した。」

さて、以上の諸事例から明らかなように、政治的法律に不遡及原則が適用されないというのは、過去に生じた事実やそれに基づく能力・権能に対してであっても新法が適用されることを意味していた。そうした結論を導くため、破毀院としては、選挙資格は「政治的能力」であること、官吏の不訴追特権は「官吏個人のためではなく」、「既得権」でないことを理由としていた。

---

が争われた事例である。

<sup>651</sup> Cass, 22 avril 1874, *Flament c/ Leclercq*, D. 1875, I, p. 434.

確かに、政治的な権利・能力については、私法学説も、これを既得権でないと説いてきた。例えばローランは、政治的法律の公益性を考慮するとともに、「市民は、そうした法律に対抗するために主張し得るような権利を有していない」と述べていた。「政治的」という権利があることは確かであるが、ただ、そうした権利は、それを行行使する個人の支配下にはない」からである。というのも、政治的権利は「社会が付与し、社会が奪い得る」、換言すれば、「個人は、国家から与えられる権利を国家に対して援用することはできない」、というのである<sup>652</sup>。確かに、古典的な既得権論によれば、いつでも奪われる権利は既得権ではなく単なる期待に過ぎない。

では、「政治的能力」とは何を意味するのか。また、ある法令が公益を目的としていることは、そこから得られた権利・能力が既得権ではないことの理由となり得るのだろうか。前節で取り上げた警察規制立法の場合には、例えば所有権を公序に反して行使することはできないとか、公序はそれに反する契約を破るとされたが、それとは異なり、ここでは、公法的秩序の内部における個人の法的な位置づけが問われていると言えるであろう。

## 2. 人の能力の公的性格

ところで、例えば選挙資格は法律によって認められた一定の能力であるが、古典的な既得権論において、法律によって認められた人の能力 (*capacité*) は既得権をなすものとは解されてこなかった。行使された能力の帰結はともかくとして、新法が人の能力を変更できることに異論はなかったのである。破毀院もまた、「人の民事身分は公益に服する」ことを理由に挙げて、新法による変更可能性を肯定していた<sup>653</sup>。したがって、政治的な能力が変更可能であることも、政治的法律の特徴を考慮するまでもなく、古典学説の思考からは自明であったのではないだろうか。

もちろん、古典的な既得権論においては私法学者が議論の中心であり、人の能力を論じる際には、権利能力といった民事上の問題のみが取り上げられていた。ただ、そうであっても、私法学者は、人の能力を純粋に私的領域に属する問題であると考えていたわけではない。この点、メルランは、人の身分 (*état des personnes*) と公序との関係について、次のように述べていた。

「公序は、社会 (*corps social*) を構成する諸個人が、社会の中で、政治的地位 (*rang politique*) だけでなく市民的地位 (*rang civil*) として位置づけられる (*classé*) ことにも関連があるので、[人の身分

<sup>652</sup> François LAURENT, *Principes de droit civil*, T. I, 1<sup>er</sup> éd., Bruylant-Christophe (Bruxelles), 1869, pp. 226-7 et 233. また、ローランによれば、政治的法律について「不遡及など考えられない。同じ国家において、年齢と財産について同じ条件を満たしているが、ある市民は旧法により選挙人であり、その一方で、他の市民は新法のために選挙人ではないということなど考えられるであろうか」(p. 227)。このことは、ウックも、政治的法律には「制度の単一性および不可分性」が求められると述べていた (Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, F. Pichon, 1892, p. 64)。

<sup>653</sup> Cf. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., T. V, Garnery, 1828, p. 540. メルランは1815年の破毀院判例を引用している。



の問題〕は副次的には公序と関係がある。」<sup>(654)</sup>

確かに、民法上の権利能力といったことと政治的能力とでは、私的利益の保護を目的とするか否かに相違があるし、政治的(politique)であることによる特殊性はあり得るであろう。だが、メルランが述べているように、人の能力一般には公的な側面もある。しかも、市民としてであっても政治的であっても、何れにおいても、法律によって認められた人の能力の法的構成という点で共通する問題があるように思われる。

そうであるとすれば、政治的法律には不遡及原則が適用されず既存の権利・能力や特権であっても変更できるのは何故かという問題も、人の能力に関する法律の時間的効力の問題一般と通底していると言えるのではないか。実際にも、メレール・ドゥ・シャサのように公法と私法との連続性を自覚する場合には<sup>(655)</sup>、以下で取り上げるように、そうした見方があり得たのである。

### 3. メレール・ドゥ・シャサの公的地位論

メレール・ドゥ・シャサは、1832年の『民法精解』第1巻における民法典2条の注解の中で、法律が「政治体(association politique)の根本原理」について定めている場合の、その時間的効力を問うた。そうした法律は、「社会全体の諸要素(éléments généraux du corps social)」に作用して社会の諸条件を改善するためのものと、個人に直接作用して個人に対して社会に由来する諸利益との関わりを持たせるもの(おそらく民法が想定されている)とが区別される。もちろん、ここで注目するのは前者である。それは、「身分(état)・地位(situation)・能力(apptitude)・期待(expectative)など、純粹に法律が認めたこと(concession)」から成っており、そしてそれは、「家族の身分、財産の移転、用途などについての政治的条件(conditions politiques)であり、社会秩序と社会的幸福との基礎として認められた一定の諸原理の発展と永続とを主たる目的としている」ものとして理解されている<sup>(656)</sup>。

具体的に、前者の社会全体を対象とする法律としては、長子特権、封建制度、貴族の特権、貴族世襲財産制、司法官職の特権、聖職者の地位といった社会全体の制度、選挙資格(レジオン・ドヌール勲章の受章者であることに伴う選挙人名簿への記載)、あるいは、人の身分(état des

<sup>654</sup> MERLIN, *Répertoire...*, op. cit., T. X, p. 239 (« Loi », §. VIII).

<sup>655</sup> メレール・ドゥ・シャサは、民法の理論的問題を研究する著書の序において、次のように述べていた。「民法はその効力(force)をすべて公法から導く、というベーコンの思想の当然の帰結として、民法は公法の中でより良い解釈を引き出すべきである。しかも、この仮定(fiction)を吟味すると、民法は厳密にいうと特殊な形で私的利益に適用された公法それ自体に過ぎないという考えへと至る。その結果、民法は、一般利益とより適合し、国家の利益との結びつきが良く理解されることになれば、その分だけ、より正確に適用されるということになる。そしてまた、法律を適用する任務を負う官吏にとっては、民法の源泉に親しみ、民法をその多方面にわたるモチーフによって受け取ることが必要になる。とはいえ、仮定と述べたが、この点で全ての条件を満たせば、純粹に私法の分野は本質的に公法に属する分野とはなおも区別されるということ間違っていない」(A. MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, op. cit., préface, p. vj-vij)。

<sup>656</sup> A. MAILHER DE CHASSAT, op. cit., pp 176 et 179.

personnes)<sup>(657)</sup>、相続の要件、財産の処分権についての法律が例示されているが、さらに、「公行政の諸分野の基本となる法律、例えば、課税標準、税の徴収についての法律、関税、公教育、徴兵についての法律なども、そうである」と述べている<sup>(658)</sup>。つまり、メレール・ドゥ・シャサが考察の対象としたのは、「政治的ないし公的秩序の一般利益」について定めており、その意味で「社会全体の管理・運営規則 (règlements au gouvernement ou à l'administration générale de la société)」の性格を有する法律なのであった<sup>(659)</sup>。

そして、そうした性格の故に、かかる法律によって認められたこと (concession) は既得権をなし得ず、新法は遡及効なくして旧法上の concession を変更できる、と説かれた。なぜなら、「これらは国家の利益を唯一の目的としているに過ぎない規定であり、その性質上、仮定的 (précaire) である。というのも、いかなる思想も、まさに現在の思想であっても確定的ではないというのが、あらゆる良き管理の本質なのである」。したがって、この場合に既得権が認められるには、「既成事実 (fait consommé)」を作り出すために法律の下で一定の後続の出来事が生じなければならない<sup>(660)</sup>。契約を典型例とするように権利形成のために必要な行為・事実が生じるだけでは足りず、能力を実際に行使するといった追加の事実が必要とされるのである。

なお、メレール・ドゥ・シャサによれば、憲法 (lois constitutionnelles) と憲法上の権利については、市民が権利を行使しない限り既得権を主張できないことに変わりはないが、理由づけが異なっていた。すなわち、「[憲法] は、本質的に、国家理性 (raison d'état) の影響下に置かれている。その精神と権威とを政治原理から引き出すのであって、つまり、その活力と持続の可能性は、この原理と結びつくのである」<sup>(661)</sup>。

#### 4. 人の能力と既得権論

選挙資格などの公的な能力が人の能力一般と通ずる問題領域にあるとすれば、政治的能力について公的な側面を強調し過ぎるべきではないであろう。とはいえ、メレール・ドゥ・シャサを含めて私法学説において、民事上の能力の変更可能性は夫婦や未成年といった個別問題として常に論じられてはきたが、その法的構成が理論的に深められることはなかったように思われる。

例えば、メレール・ドゥ・シャサは若干一般論を述べているが、先述のくり返しにとどまっている。すなわち、「民事身分、民事上の能力 (capacité civile)、権能 (faculté)、能力 (aptitude) などの名称で指し示される人と法律との一般的関係は、実際には法律が一時的に認めたこと (concession temporaire) でしかなく、常に法律の支配領域にあり、それに基づく権利は権利

<sup>657</sup> メレール・ドゥ・シャサは、人の身分や地位・能力を表す語として« état »と« capacité »を殆ど区別せずに用いており、ただ、« état »の語を多く用いている。

<sup>658</sup> A. MAILHER DE CHASSAT, *op. cit.*, pp. 179-181 et 187, note.

<sup>659</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>660</sup> *Ibid.*

<sup>661</sup> *Ibid.*, p. 197.

を生じさせる現実的行使によってしか既得であると言われることはなかったのであるから、法律は、それが認めたこと (concession) を遡及効なくして自由に変更・取消することができたのである」<sup>(662)</sup>。

これに対して、オブリーとローの所説は注目に値する。「身分と法的能力に関する概説」という項目を立てて、一般論を展開していたからである<sup>(663)</sup>。それによれば、「身分 (état (status)) とは、個人が属する政治結合体や家族の一員として個人をみなす限りにおいて、個人の地位 (position) である」。また、「法的能力とは、権利・義務の主体となり得る能力である」。これは、適用される法の性質に応じて、政治的能力 (capacité politique) と民事的能力 (capacité civile) に区別される。前者は、政治的権利の享有と行使に関する能力であり、フランス人のみが有する。そして、民法典7条が規定しているように、「政治的権利は、憲法・選挙法にしたがって獲得され保持される」<sup>(664)</sup>。

そして、オブリーとローは、国籍や親子・夫婦関係といった人の身分については「一種の財産」であると捉え、取得された身分は既得権として保護されると説いた。ここでは、既得権の所有権的発想を非財産的な身分関係にまで及ぼしていることが分かる。だが、人の能力がそうした保護を受けないことについて説明はなかった。

## 5. 公務員の身分・地位

ところで、公的秩序における個人の法的地位をめぐる、19世紀後半から20世紀初頭において大きく問題となったのは、公務員の身分・地位であった。19世紀当時、法律の不遡及原則を論じる際に、政治的法律に関連して公務員法を取り上げる者はいなかったが、公法学者の見解をみると、これが政治的法律として位置づけられることもあった。例えば、フカールは、政治的権利については選挙権・被選挙権のみを取り上げつつも、「高位や公職へと任命され得る能力 (capacité) を付け加えなければならないであろう」と補足していた<sup>(665)</sup>。定義上も、政治的法律は国家の構成に関する法律であるとされるので、公務員は公的組織

<sup>662</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>663</sup> Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., 1869, *op. cit.*, pp. 177-179.

<sup>664</sup> オブリーとローは、政治的能力 (政治的権利の享有・行使が認められるための条件) は憲法によって決められると述べる箇所、F. LAFERRIÈRE, « Dissertation sur les droits politiques et la qualité de citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 à nos jours », *Revue de droit français et étranger*, 1849, pp. 841-858 を参照している。

この論文によると、政治的権利を有するのは、選挙人 (立法権・執行権の形成と作動について)、被選挙人、議員 (国民の意思の表現について)、大統領 (国家の主権の意思の代表について)、地方議会の選挙人と地方議会議員 (公権力の形成と行使、地方行政の統制について)、陪審員であるとされる (849 頁以下)。政治的権利についての原理として、「公民権や政治的権利と市民の資格は、国家や社会の名において公権力の形成や行使に参加する権利に基づいている」(852 頁)。また、そうした観点からは、官吏も、フランス人民と共和国の名において活動する政府の職員であって、同じく共和国の名において活動し、国家や社会を間接的に代表しているとみなされ、やはり、政治的権利を行使しているとされた。

<sup>665</sup> Émile-Victor FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Videcoq, 1843, p. 553, note 4. フカールが公務員の任命について概説書で取り上げなかったのは、任命権限が執行権に付与されていて議論を引き起こさず、これに関する法令の分析は膨大になってしまうが重要ではないと考えられたためである。

の内部に入った者なのであるから、これに関する法律を政治的法律の一つとして整理しても間違いではないであろう。

何れにしても、公的組織の内部において、その利益のために職務を遂行する公務員の身分・地位は、強度に公益と関係する。公務就任や任命それ自体に限れば職業活動の遂行という側面もあるが、在職中の給与、退職年金、懲戒・罷免などに関しては公務員の地位のあり方が本質的な問題となってくる。また、一度任命されて公職に就いた者に対する新たな規律となると、職業活動の遂行という観点だけでなく、同時に、公務員の身分のあり方を考える必要が生じてくる。

こうしたこともあってか、20 世紀初頭の公法学者、特にデュギーおよびジェーズは公務員法関係について大きな関心向け、自身の公法学説を例証する場の一つとしていた。両者の学説は次款で取り上げることとするが、ここでは、20 世紀初頭の公法学者が直面した課題の一つに公務員法関係の問題があったことが重要である。それは、まさに、公的秩序における個人の法的地位をどのように構成すべきか、という問題である。以下では、具体的にどのような問題が生じていたのかを、裁判例に基づき確認することとしよう。

## 第二項 公務員の身分・地位と既得権

### 1. 公務の就任・遂行能力の制限

現職の公務員にとって、新法との関係において公務員の身分を維持できるのか否かは重大問題である。だが、19 世紀には、新法によって一定の公務員がその身分を維持し得なくなるとされる場合があった。

1850 年 3 月 15 日の教育についての法律<sup>(666)</sup>は、小学校の教師から外国人を排除するために、「満 21 才に達したすべてのフランス人は、適性証明書を有している場合、フランス全土において、公立あるいは私立の初等学校教師の職を行うことができる。」と規定した（25 条 1 項）。ルクセンブルク大公国の出身であり 1847 年にフランスの公立小学校の教師に任命されてから 1880 年 12 月まで勤務してきたクロー氏は、退職年金の支払いを申請したところ、この法律によれば同氏の公務員としての身分は不適法であったため、そうした身分の下での勤務という事実は何らの権利の根拠ともなり得ないという理由で支払が拒否されてしまった。

支払拒否の取消請求がなされた事例<sup>(667)</sup>では、1850 年法により公職に就くことが許されなくなったことの現職教員に対する帰結が問題となった。行政側はそれが年金受給権の要件に影響すると解した一方で、論告担当官のゴメルは、1850 年法の立法過程における報告・発言を参照しつつ、「立法者は将来に向かってのみ定めようとしたのであり、取得された地位（situations acquises）を侵害しようとは意図してはいなかった」と簡潔に述べた上で、1850 年法

<sup>666</sup> D. 1850, IV, p. 30 et suiv.

<sup>667</sup> CE, 12 juill. 1882, *Krau, Rec.*, p. 689, avec concl. GOMEL.

以前に任命された者には同法が適用されないと解していた。原告としては、1850 年法が自身の任命を遡及的に違法であったとすることはできず、したがって、退職まで適法に職務を遂行していたと主張した。

然るに、コンセイユ・デタは、「1850 年 3 月 15 日の法律 25 条によって大臣にはクロー氏の職を解くことができるようになったことを認めるとしても (en admettant que ...)、大臣は当該権限を行使してはいなかった」と述べた上で、クロー氏は退職まで勤務し続けて法律所定の保険料控除に従ってきたことを理由に、本件拒否決定を取消したのであった。

また、上記事例と同じように、外国人であるが 1833 年に公務員に任命されて 1858 年まで勤務を続けてきた者に対して、退職年金の支払が拒否されたことが争われた事例<sup>(668)</sup>がある。ここでは、1853 年 6 月 9 日の法律 29 条がフランス人の身分を失う事情が存する場合には、その間、年金受給権を停止すると規定したことが、支払拒否の根拠とされていた。コンセイユ・デタは、この場合にも、「[原告] が公土木官庁の内部部局に職員として (en qualité d'employé) 加わること、および、退職承認の後に、当該官庁の職員についての所定の要件を満たすことで年金を得られることにつき、これらを妨げる法律の規定は存在していなかった」とだけ述べて、支払拒否を取消したのであった。

もっとも、新法が適用されない点で両事例の結論は同じであるが、相違もある。前者では、微妙な表現ではあるものの、新法を適用しようとするれば可能であったかのように判示されていたからである。

こうした相違の理由を考えるにあたって、国籍に関するものではないが非常に興味深い事例がある。1886 年 6 月 22 日の法律<sup>(669)</sup> 4 条により、「フランスを統治した王家に属する者は、陸軍および海軍に入隊することはできず、また、あらゆる公職および公選の職務を行使することができない。」とされたことから、オルレアン公らが軍籍から抹消され、これが争われた事例<sup>(670)</sup>である。本条は将来に向かってのみ規定したものであると原告らは主張したが、コンセイユ・デタは、「[4 条] の規定によると、1886 年 6 月 22 日の法律は、フランスを統治した王家に属する者であるという身分と、共和国軍の士官の身分との絶対的な非両立性 (incompatibilité absolue) をもたらすことを目的・効果とするものであった」と述べて、本件抹消に関して軍事大臣に権限逸脱はないと判断したのであった。

注目されるのは、この事件での論告担当官マルグリーの論告である。そこでは、上記 4 条が「あらゆる公職および公選の職務を行使することができない」と規定していることに

<sup>668</sup> CE, 16 mars 1863, *Sauphar, Rec.*, p. 249. サオフール氏は 1807 年生まれで父親はオランダ人であったが、オランダがフランスに併合された際にフランス国籍となった。サオフール氏は、1814 年にオランダが独立した際にフランス人としての身分を保つための手続をしておらず、成人した際にも帰化の手続をとらなかった。だが、1833 年に公務員に役所の職員に任命され、1858 年まで勤続し、給与からの保険料控除もなされてきた。同年には、公土木大臣により、身体障害を理由として退職年金の受給権が認められた。その後、サオフール氏が出生証書を提出しなかったことから、同氏が 1814 年にフランス人の身分を失っていたことが判明した。そのため、1862 年、公土木大臣は、1853 年法に基づき、フランス人の身分の回復あるいは帰化の手続中であることを証明するまでは年金を支払わないことを決定した。

<sup>669</sup> D. 1886, IV, p. 57 et suiv.

<sup>670</sup> CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, duc d'Aumale et autres, Rec.*, p. 409, avec concl. MARGUERIE.

注目が向けられた。マルグリーによれば、4条は「将来的に、フランスを統治した王家に属する者に対して軍隊で活動する職を付与することを禁止した」のであるが、その結果、「オルレアン公らが如何なる形によっても軍や文民としての公権力の保持者となることを妨げている」<sup>(671)</sup>。つまり、公職の付与・任命とともに、その遂行も禁止されたと解したのである。

こうした観点からみると、フランス人のみ「初等学校教師の職を行うことができる」との規定の適用が争われた事例も、外国人は当該職を遂行できないと規定しており、公職の遂行が不可能とされた場合であった。したがって、教職から排除され得ることになるはずであり、実際に、コンセイユ・デタは罷免が可能であるかのように判断した。これに対して、国籍を失った後に年金の支給が拒否された事例については、年金に関する法律が改正されたのであって、それは公職の遂行とは関係がないことから、公務員の身分に関しては影響がないと解されたと説明できるかもしれない。

## 2. 給与等の将来的変更

身分それ自体の維持とは別に、新法によって給与等に変更があった場合において、それ以前に任命された現職の公務員に対しても新法は適用され得るのかという問題がある。これは、公務員の法的地位の構成と密接に関連している。公務員と行政との間に契約の存在を認める場合には、給与等は契約内容の一部であって新法の影響を受けないことになるかもしれない。だが、コンセイユ・デタは原則として新法の適用を認めつつも、既得権の有無によってその制限を導いたのであった。

おそらく最初期の事例に、1889年のピエラル判決<sup>(672)</sup>がある。この事例では、市税の徴税官であるピエラル氏らに対して認められていた手数料 (remise) が、1885年4月15日のアルジェリア総督のアレテにより縮減されたことから、その取消しの請求がなされた。原告は、本件縮減が法令に違反していること、一部の手数料が徴税官個人ではなく徴税事務所に与えられるとしたことは1853年6月9日の法律に違反していること、本件アレテが1885年1月1日から施行されており「旧法の下での既得権を尊重しなかった」ことを主張した。然るに、コンセイユ・デタは、アルジェリア総督には徴税事務に関して給与を決定するなどの権限があることを認めた上で、次のように判示して、その他の請求も棄却した。

「1859年6月20日の財務通達や1868年5月20日のアレテは、様々な税の徴税官に支給される手数料の割合を変更する総督の権限について何ら制限しておらず、本件アレテは、それが既得権を侵害したというのでなければ、これを裁判上で取消することはできない。確かに、原告は、総督が1885年4月15日のアレテ15条の規定によって1853年6月9日の法律に違反したと主張している。

だが、当該法律は、国家の吏員に対して、少なくとも既に控除 (retenues) がなされた分と同額

<sup>671</sup> Ibid., p. 414.

<sup>672</sup> CE, 10 mai 1889, *Pierrard, Câtillon et autres*, Rec., p. 556.

の給与を取消し得ないものとして (irrévocablement) 保持する権利を与えることを目的したわけではない。ただし、1885 年 4 月 15 日の〔本件〕アレテの施行を同年 1 月 1 日にまで遡らせており、総督は権限の限界を逸脱したのであって、この点で、本件アレテを取消すべき理由がある。」

ここで判示されているように、原則として、法律上の制限がない限りは公務員の給与等を変更することは可能であり、変更された以上、遡及適用は許されないとしても、将来的には現職の公務員に対してであっても適用されることになる。この点については、20 世紀になっても給与や手当の減額をめぐるコンセイユ・デタに多くの訴訟が提起されたようであるが、判例の態度は一貫していた。コンセイユ・デタは 1909 年の事例において次のように判示しており、ここで示されたような定式が、確立した判例として以後も繰り返されてきたのである。

「大臣のデクレやアレテによる規律から生じる官吏の諸利益に対する権利は、当該デクレやアレテが維持されるか否かに応じて決まるものであり、この点について定めた法律規定がない場合、デクレによる組織規定は、後のデクレによってこれを有効に変更することができる。」<sup>(673)</sup>

当時、公務員の法的地位をめぐる、これを契約として構成するか否かが争われたようであるが、コンセイユ・デタは以上のように判断することで、これを否定したのであった。この点は、19 世紀末において既に、ラフェリエールが次のように述べていた。すなわち、「在職中や退職した官吏に対して国家がなすべき金銭給付には契約の性格はないので、将来の官吏とともに現職の官吏に対してであっても、新たな決定はこれを変更することができる。この点は給与については疑いなく、それは職を遂行する者というよりも職に鑑みて支給されるのである。そのため、特別の配慮なしに変更がなされた際には、職に就いている者に対して増額・減額されるべきであり、これらの者も国家も、任命時に有効であった決定を持ち出すことはできない」<sup>(674)</sup>。

コンセイユ・デタ内部においても、例えば論告担当官のタルデューは、ラフェリエールを参照しつつ、「官吏の権利は、それが認められていなかった限りは潜在的 (éventuel) でし

<sup>673</sup> CE, 11 juin 1909, *Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, Rec., p. 576 ; note Gaston JÈZE, *RD publ.* 1910, p. 85.

この判示と同じ定式を述べている判決には、20 世紀初頭に限っても以下のものがある。CE, 17 mars 1911, *Blanchet*, Rec., p. 333 ; CE, 16 févr. 1912, *Darrodès*, Rec., p. 214 ; CE, 8 mars 1912, *Piquenot*, Rec., p. 318 ; CE, 17 mai 1912, *Jouclard*, Rec., p. 563 ; CE, 27 juin 1913, *Cornus*, Rec., p. 764 ; CE, 13 juill. 1917, *Muller*, Rec., p. 565 ; CE, 7 juill. 1916, *Moreau*, Rec., p. 276 ; CE, 1 juill. 1921, *Boubier*, p. Rec., p. 654 ; CE, 1 juill. 1921, *Association des trésoriers généraux et des receveurs des finances*, Rec., p. 660 ; CE, 5 août 1925, *Simula*, Rec., p. 801 ; CE, 15 janv. 1926, *Givord*, Rec., p. 43 ; CE, 19 mai 1926, *Comité de défense des fonctionnaires*, Rec., p. 507 ; CE, 10 nov. 1926, *Casalonga*, Rec., p. 947 ; CE, 28 janv. 1927, *Mathieu*, Rec., p. 126 ; CE, 27 mai 1927, *Delanaud*, Rec., p. 623.

<sup>674</sup> Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, 2<sup>e</sup> éd., Berger-Levrault, 1896, p. 193.

がなく、したがって、官吏の利益にも不利益にも、法律はその要件を変更することができる」と解していた<sup>(675)</sup>。

### 3. 給与等に関する既得権の保護

ところで、先に引用した 1889 年のピエラル判決では、給与等の変更は「それが既得権を侵害したというのでなければ、これを裁判上で取消することはできない」が、法令によって認められた給与等を「取消し得ないものとして (irrévocablement) 保持する権利」は保障されていないと判示されていた。ただ、この判決では、既得権の侵害とは関連づけずに、給与等の変更の施行日が公布日よりも前であることを指摘するだけで遡及効を見出していた。では、既得権の侵害が問題となるのはどのような場合なのであろうか。

この点、給与や手当に関して既得権の侵害を認めた事例に、1918 年のジロー判決<sup>(676)</sup>がある。原告のジロー氏らは、トゥーロンにおける入市税の徴収責任者付きの職員であり、以前は税法違反に基づく罰金による収益の半分が付与されていた。だが、罰金による収益に係る職員への配分に関する 1913 年 5 月 19 日のトゥーロン市長のアレテによって、以後、入市税に係る配分割合が、新たな徴収責任者には 2%、差押人には 20%、その他の職員には 78%と変更されたため、この変更をめぐる争いが生じたのである。もっとも、この事例では、変更それ自体が争われたのではない。特定の会社につき税法違反で罰金が科された後だが収益が配分される以前という時点で上記アレテが制定されたため、その適用関係が争われたのである。

原告は「既得権を侵害する」と主張したのに対して、トゥーロン市長は、権利の根拠となる配分を変更したのみであり、既得権の侵害はないと反論した。訴訟に参加した財務・内務大臣においては、配分に対する権利は差押の時点で生じるため、本件での配分の変更には「遡及効」があると解した。然るに、コンセイユ・デタは大臣の見解を採用して、次のように判示した。

「[1814 年のオールドナンスの 34 条] は、配分がなされる条件……の決定を全て市長に委ねている。だが、市においてある仕組みが採用されている場合、それを変更するには、将来に向けられたもので、かつ、権利が生じていない金額に関するものでなければならない。本件訴えにつき財務大臣が提出し、争いのない陳述書によれば、[本件会社] に対して違反調書が作成され、今後下されうる有罪判決によって利益を受けるべき者の権利が生じた時点においてトゥーロン市でとられていた規則は、調書作成に関わった職員に対してのみ罰金の配分額を付与するというものであった。したがって、事後的に、かつ、専ら [本件会社] の事案について、すべての入市税職員に対して配分をすると定めることにより、トゥーロン市長は既得権を侵害し権限逸脱を犯したと主張することには理由があ

<sup>675</sup> TARDIEU, concl. sur CE, 19 nov. 1909, *Zeilabadine, Rec.*, p. 894 (895). これは年金関連の事案における論告であるが、給与を含めた金銭給付一般に関するものとして位置づけられる。なお、この判決にはオーリウの評釈がある (S. 1910, III, p. 1)。

<sup>676</sup> CE, 2 aout 1918, *Giraud, Chaillard et autres, Rec.*, p. 803.



る。」

このように、給与等の変更それ自体は将来的であるが、その時点で既に生じていた「既得権」を侵害する場合、当該変更は許されないと解された。後の同種事例<sup>(677)</sup>においては、より明確に、「各差押がなされた時点での既得権」を侵害したことを理由に、配分額の変更を「その公布時では未配分であった収益に対して適用したことは違法である」と判示された。

ただ、給与や手当が実際に支給されるよりも前に変更がなされ、かつ、変更が公布日より前の時点から実施されたことが争われた事例をみると、コンセイユ・デタの判断は、若干曖昧になる。例えば、領事館事務局での税收について領事に与えられていた5%の手当（bonification）を廃止する1920年11月15日のデクレが同年1月1日から適用されたことが争われた1924年の事例<sup>(678)</sup>では、結論として、遡及適用は違法と判断された。だが、その理由として、コンセイユ・デタは次のように判示したのである。

「〔1920年11月15日の本件デクレの〕規定は、領事館事務局で税金の徴収を担当する者が、旧法、特に1890年12月20日のデクレ35条に基づき有する権利の尊重を怠った。というのも、当該デクレ35条によれば、上記の者には、徴収した税額につき5%の手数料が支給されることとされていた。同デクレは手数料が年末に計算されるとしているが、デクレの上記規定は、上記の者に対して報酬として支払われるべき額の明細の作成に関する現実的作用（opération matérielle）に対して適用されるものであり、不確定権利（droit éventuel）を与えるだけのものではない。それどころか、1890年12月20日のデクレ35条の規定全体からすると、領事館事務局での税金の徴収を担当する官吏は、税金の受領の際には、5%の手数料に対して既得権を有している。」

ここでは、1920年11月15日のデクレによる手数料の廃止が本件において違法であることの理由としては、手数料収入の算定日が年末であるとしても税金を受領した時点で「既得権」が生じること、したがって、廃止が既得権の形成よりも後であったことが重要であったはずである。結論を導くにあたって、1920年11月15日のデクレが同年1月1日から適用されたことには意味がなく、仮に11月15日から適用されたとしても、既得権を侵害する限りで違法とされ得たはずだと思われる。だが、コンセイユ・デタは、結論としては、「権限を逸脱し、既得権を侵害することなくして、〔1920年の本件デクレの規定を〕同年1月1日から効力が生じるものとすることはできなかった」と判示した。つまり、既得権と遡及効との概念が厳密には区別されておらず、むしろ、既得権の侵害によって遡及効の有無を判断しているように理解できるのである。

実際、別の事例において、コンセイユ・デタは、「本件デクレは1920年11月6日のデク

<sup>677</sup> CE, 1<sup>er</sup> août 1924, *de Beauchamp, Rec.*, p. 773.

<sup>678</sup> CE, 1<sup>er</sup> août 1924, *Mattèi, Rec.*, p. 773.

レを廃止したに留まり、解放地域 (région libérée) における現職の公務員の既得権を遡及的に侵害してはいないのであって (sans porter rétroactivement atteinte à des droits déjà acquis par les fonctionnaires)、原告にはその取消を請求する理由がない<sup>(679)</sup>と判示することがあった。あるいは、「行政立法その他すべての行政行為は、その根拠である法律規定が遡及効を定めているのでない限り、将来についてしか規定しないというのが原則である」と述べつつも、結論としては、「〔旧法〕から得ていた権利の尊重を怠った」ことを直接の理由とする事例もあった<sup>(680)</sup>。さらには、端的に既得権を侵害のみを理由にして判断を下す場合もあった<sup>(681)</sup>。

しかしながら、税関職員が受け取る手数料に関して、1935年5月18日のアレテを同年1月1日から適用した事例において、コンセイユ・デタは、「命じられた減額に対して遡及効の付与を認める法律規定がない限り」、上記アレテを公布以前から適用することはできないと判示し、既得権に言及しないこともあった。

#### 4. 罷免・任命の不遡及原則

公務員に対する任用等の個別的措置については、コンセイユ・デタは、19世紀から不遡及原則を徹底してきた。この判例は、コンセイユ・デタにおける公法上の不遡及原則の形成の端緒であったと位置づけることもできるように思われる。そして、この場合には公務員の法的地位の構成が問題となることはなく、個別的な行政行為それ自体の不遡及原則が論じられてきた。本研究は法令の時間的効力の分析を主題とするものであるが、行政判例における不遡及原則の実相を確認するには、個別的行為に関する事例についても触れておく必要がある。とりわけ、フランスでは行政裁判所の統制に服する対象としての行政行為には、個別的行為だけでなく行政立法も含まれ、前者に関する判断は後者にも妥当する場合があり得るのである。

遡及的な公務員の罷免が争われた事例としては、1893年のラリュエル判決<sup>(682)</sup>がある。原告のラリュエル氏は、1891年11月12日に停職処分を受けた後、同月16日に公土木大臣によって鉱山管理官 (contrôleur des mines) を罷免された。その際、大臣としては、ラリュエル氏は12日から職務を離れており給与を受け続けることはできなかったはずであるとして、16日になされた罷免であるが12日にまで遡るものとした。そこで、ラリュエル氏が罷免に遡及効があることを理由に取消請求をしたところ、コンセイユ・デタは、次のように原則的な判断を示したのであった。

「法律または行政立法の規定によって認められてはいない場合、大臣は、権限を逸脱することなくし

<sup>679</sup> CE, 5 août 1925, *Simula, Rec.*, p. 801.

<sup>680</sup> CE, 25 nov. 1925, *Souletie, Rec.*, p. 933.

<sup>681</sup> CE, 24 déc. 1926, *Mahé-Desportes, Rec.*, p. 1155. 「〔財務大臣〕は、抵当権保存吏 (conservateur) が旧法から得ていた権利を無視 méconnaître することなくして、報酬のみを考慮することに替えて、管理期間を考慮要素とする配分方式を創設することはできなかった。……〔旧法によると〕、当該吏員は、各抵当権手続の時点において、所定の手続が履行されたときから所定の報酬に対する既得権を有する」。

<sup>682</sup> CE, 27 janv. 1893, *Laruelle, Rec.*, p. 72.

て、ラリュエル氏の罷免に遡及効を与えることはできなかった (en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire l'y autorisant, le ministre n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, donner à la révocation du sieur Laruelle un effet rétroactif).」

また、遡及的な公務員の任命が争われた事例もあり、1907 年のル・ビゴ判決<sup>(683)</sup>において、コンセイユ・デタは、「[1904 年 10 月 11 日のデクレ] は、ムスー氏らの士官への任命をデクレがなされた日より前[同月 3 日]に遡らせている点で不適式(irrégularité)であ[る]」と述べて、当該措置を違法であると判断した。

ただ、ル・ビゴ判決で注目されるのは、判決内容よりも、論告担当官のテシエが示した不遡及原則の根拠論である。テシエは、「公役務の組織権および官吏の身分を定める権限を、行政権は、現在および将来に向かってしか行使できない」ことを根拠づけるために、権限の時間的限界論を提示したのである。すなわち、過去に対して権限を行使した場合、それは、「前任者に属する権限を行使しており、権限の逸脱、いわば時間的無権限の行為 (un acte d'incompétence *ratione temporis*)」であると解したのであった。これに対して、憲法と法律を尊重しているのであれば、将来に向かって公務員の身分を新たに規律することは可能である。「こうした場合、後任者は既定の行政立法を自由に修正・廃止できるのであり、その職務の篡奪、その権限の侵害ということは全くない」<sup>(684)</sup>。

## 5. 懲戒処分の不遡及原則

公務員の身分・地位に関する個別的措置の遡及効をめぐることは、当該措置の効果が処分日より以前に遡及させられた場合だけでなく、新たな懲戒処分を認める新法をそれ以前に既に生じていた事実に対して適用することが可能か否かという問題もある。この点に関しては、公務員ではなくレジオン・ドヌール勲章の受勲者に対する懲戒処分をめぐる判例が形成された。

レジオン・ドヌールを制度化したのは 1852 年 3 月 16 日のデクレであったが、その 46 条は、非違行為の性質および刑罰の重大性を考慮して、必要な場合には、受勲者の特権停止や除名処分をなし得ると規定していた。そして、これを具体化するために、1852 年 11 月 24 日のデクレが制定された。後者のデクレ 5 条によると、懲戒処分の事由は鉄丸の刑、社会奉仕活動、懲役刑とされており、罰金刑は含まれていなかった。そのため、受勲者に罰金刑が下された場合において懲戒処分はなされず、また、懲戒がなされたためコンセイユ・デタで争われた事例<sup>(685)</sup>においても、罰金刑は 46 条所定の懲戒処分を正当化するような有罪判決には該当しないと判断された。

その後、1873 年 7 月 25 日の法律<sup>(686)</sup>の委任に基づき制定された 1874 年 4 月 14 日のデク

<sup>683</sup> CE, 17 mai 1907, *Le Bigot, Rec.*, p. 460, avec concl. TEISSIER ; note G. JÈZE, *RD publ.* 1908, p. 254.

<sup>684</sup> TEISSIER, concl. *préc.*, p. 460.

<sup>685</sup> CE, 15 janv. 1875, *Ballne, D.P.* 1875, III, p. 92.

<sup>686</sup> *D.P.* 1873, IV, p. 91 et suiv.

レ<sup>(687)</sup>は、有罪判決がなくても懲戒処分をなし得るものとした。そして、同年、それまで懲戒事由を規定していた 1852 年 11 月 24 日のデクレは廃止された<sup>(688)</sup>。

だが、ここで、1874 年デクレの適用関係をめぐって、ある問題が生じた。すなわち、1874 年デクレの制定より前になされた罰金刑に相当する非違行為であって、従来であれば懲戒処分の対象とはなり得なかったものについては、なおも 1852 年のデクレが適用されるため懲戒を受けることはないのか、それとも、1874 年デクレの制定後は当該デクレを適用して懲戒をなし得るのか、という問題である。

こうした場合については、先例として、1852 年の破毀院判決<sup>(689)</sup>があった。裁判官に対する懲戒処分が争われた事案において、破毀院は、懲戒処分が刑罰ではないことや懲戒事由の性質を考慮して、不遡及原則が適用されないと判断していたのである。

「[[懲戒手続]の結果としてなされる措置は、真正の刑罰ではなく、公の秩序と公益を理由として、懲戒請求を受けた公務員が属する職団(corps)の道徳的権威と敬意を維持するために設けられた手段である。当該措置は、行為とともに、公務員への尊敬や職団の尊厳に対する当該行為の影響、つまり、原因となる行為とは異なり絶え間なく継続するものである道徳的影響(cet effet moral qui ...a un caractère successif et permanent)をも対象とする。こうした高尚な処分理由のために、……民法典 2 条および刑法典 4 条の原則を適用することはできない。すなわち、懲戒に関する法令は、その精神とともに性質上、それが発布された時点において当該法令に服する公務員を対象とし、公布の日から効果を有するのである。この点、このような懲戒に関する法令が遡及的ということはない。というのも、公務員の地位や、その任務を遂行するために必要な能力・道徳性・尊厳などの条件は、一般利益に従うものであり、社会の必要に応じてそうした地位・条件に変化や修正を加えることは立法者の権限である。したがって、不遡及原則は、かつては懲戒権限に服することはなかった過去の事実に対して新設の懲戒処分を適用することを禁じ得るものではない。」

これに対して、コンセイユ・デタの判例は一貫していなかった。まず、1876 年の事例<sup>(690)</sup>では、会社の取締役のルフエーヴル・デュリュフレ氏がその職務懈怠のために 1 万フランの罰金を受けたため、レジオン・ドヌール勲章の登録を抹消されたことが争われた。そして、コンセイユ・デタは、1874 年の新たなデクレの適用を認めたのであった。

「本件措置は、1852 年 11 月 24 日のデクレ 5 条の〔1874 年における〕廃止後にしかなされなかった。同条は〔1852 年 3 月 16 日の〕デクレ 46 条の施行のために従うべき形式(forme)を定めただけのものであり、したがって手続(procédure)および審理(instruction)の規定をなすに過ぎないため、〔1874 年の〕廃止前になされた行為が問題となっているとしても、廃止された日に、レジオン・ド

<sup>687</sup> D.P. 1874, IV, p. 75 et suiv.

<sup>688</sup> 1874 年 5 月 9 日のデクレ (D.P. 1874, IV, p. 86) による廃止。

<sup>689</sup> Cass, 9 nov. 1852, cité par la note anonyme, D.P. 1876, III, p. 89.

<sup>690</sup> CE, 26 mai 1876, Lefebvre-Durufilé, D.P. 1876, III, p. 89.

ヌールの受勲者を規律するものではなくなった。」

だが、1877年の事例<sup>(691)</sup>では、懲戒処分の実施方法を定めるという法令の性質とは無関係に、破毀院先例と同じく、懲戒事由の性質を考慮することによって、新たなデクレの適用が認められた。

「懲戒審査委員会での審理において指摘された原告 V 氏の非違行為（名誉に反する行為）は、1874年4月14日のデクレよりも前に行われたのではあるが、審理によれば、当該非違行為は継続的なものであり、その影響は上記デクレの後にまで続いていた。」

しかしながら、1882年の事例<sup>(692)</sup>では、ブリシー氏が1870年に軍の職務を詐称したことで1871年に死刑判決が下されたが1879年の大赦によって減刑され、その後は軍隊へと復職もしたものの、1879年にレジオン・ドヌール勲章の回復は認められないこととされたことから、この決定が争われた。そして、この事案においては、コンセイユ・デタは不遡及原則の適用を認めたのである。

「〔ブリシー氏の本件非違行為〕は、……1874年4月14日のデクレよりも以前のものであるが、これらの法令は遡及効を持ち得るものではなく、そのため、本件決定を取消すべきである。」

ただ、ここで「遡及効を持ち得るものではない」と判示されたのは、これ以前の判例を変更する趣旨ではない。判例では、懲戒対象の非違行為の影響の継続性が考慮されてきた。そして、新法以前の事実であっても、新法より以後にまで悪影響が継続している場合には、新法の適用による懲戒処分を下すことが可能であると解されてきたのであり、そのため、新法の適用を認めるとしても遡及効を許容したわけではなかったのである。つまり、コンセイユ・デタでは、懲戒処分に関する新法に遡及効が認められないことは一貫していたものと思われる。

とはいえ、ここでは、一定の法的地位の維持にとって障害となる新法が、それ以前から当該地位を有していた者に対してであっても適用されることが当然の前提とされていた。この点は、本款の最初で取り上げた公務遂行能力の制限に関するコンセイユ・デタ判例の論理に通ずるであろう。

### 第三項 20世紀初頭の公法学の課題

#### 1. コンセイユ・デタ判例の評価

<sup>691</sup> CE, 26 janv. 1877, *Vincent*, D.P. 1877, III, p. 38.

<sup>692</sup> CE, 13 mai 1881, *Brissy*, D.P. 1882, III, p. 97, avec concl. MARGUERIE.

19 世紀末以降から 20 世紀初頭において公法理論の構築に取り組んだ公法学者にとって、コンセイユ・デタ判例の論理構成は納得のいくものではなかった。

例えば、ジェーズは、それが論理的に一貫しないことや不明確であることを問題視した。すなわち、第一に、「一般に、官吏と行政との間において公法契約 (contrat de droit public) が語られている。だが、本当に契約があるとすれば、官吏には既得権 (droit acquis) があることとなろう。そうすると、〔給与や手当の変更が争われた場合〕に、コンセイユ・デタは原告の主張を認めなければならなかったであろう」。だが、コンセイユ・デタは給与等の将来的変更を認めたのであるから、ジェーズとしては、「現実には、コンセイユ・デタは公法契約について語ることを放棄しなければならいであろう」と考えた<sup>(693)</sup>。このように、行政と私人との間に契約関係はないと理解した上で、行政法上に固有の関係の本質とは何であるのかを解明することが、19 世紀末以降の公法学者の課題であった。そして、私法的な契約関係の否定はジェーズにとって既得権の存在をも認めないという結論を導くものであったが、既得権の存在余地それ自体は一つの問題となり得たのであった。

また第二に、法令の改廃一般を念頭に置いて、ジェーズは次のようにも指摘していた。「しばしば、恣意的な考察によって新法が過去に遡っているという印象が与えられているが、現実には新法は将来を規律していることに注意すべきである。こうした場合においてこそ、法的地位の慎重な分析が求められ〔る〕」<sup>(694)</sup>。

もちろん、回顧的に裁判例を検討するならば、公務員関連の事例において認められることのあった「既得権」が給与や手当の請求権を意味していることは事案から明らかであり、そうした権利を形成する事実が生じた結果としての「既得権」であったことも明らかであろう。ジェーズもまた、給与については、「給与の支払期日が来た (échu) 場合、債権の発生要件が満たされた場合、法律も行政立法も当該債権に触れることはできない。そうするならば、法律・行政立法は遡及的である」<sup>(695)</sup> とか、「給与の支払期日が来た場合、官吏は不可侵の債権を有する」<sup>(696)</sup> というように判例を整理していた。上記で取り上げた事例に即していえば、確支払期日前であっても、違反調書の作成、差押、税金の受領といった事実の結果として、当該公務員には「既得権」が認められていた。

だが、当時、こうした解決が自明であったわけではない。それどころか、再三にわたって公務員による既得権侵害の主張が提起されてきた。これを受けて、コンセイユ・デタにおいては、20 世紀初頭、法令上の諸利益に対する公務員の権利は当該法令が維持される限りでしか認められず、当該法令の維持について権利を有するものではないため、法改正は常に可能であるという判例が形成された。それでも、一方で、公務員の金銭的利益については行政との関係においてであっても「既得権」が認められることがあり、これに影響を

<sup>693</sup> Gaston JÈZE, note sous CE, 11 juin 1909, *Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés, préc.*, *RD publ.* 1910, p. 89.

<sup>694</sup> Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., 1925, rééd. par Dalloz, 2005, pp. 117-118.

<sup>695</sup> Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, T. II, 3<sup>e</sup> éd., 1930, rééd. par Dalloz, 2004, p. 791.

<sup>696</sup> *Ibid.*, p. 807.

及ぼすことは許されないとされたように、既得権の有無に応じて新法の適用範囲を判断することもあった。これに対して、他方で、任命や罷免、懲戒処分となると、専ら行政の権限の観点から、そうした個別的行為をそれがなされた日より前に遡らせることはできないのが原則であるとされた。こうした公務員関連の判例からすると、確かに、コンセイユ・デタの態度が全体としてみると一貫していないとの印象は拭えなかったかもしれない。

原則として法改正の影響を被るものの、一定の場合には新法に対して保護されることもある。公法においては、特に後者をどのように考えればいいのであろうか。こうした問題を扱うための場として法律の時間的効力論があり、そこでは、私法学説によって既得権論が構築されてきた。公法の時間的適用効力に関して、既得権論には拠らないとすると、理論の再構成ないしは公法理論の構築が求められることになる。では、この課題に対してどのように取り組んだのであろうか。

## 2. 課題の背景

ところで、当時は、より広い観点から公法の時間的効力の問題が位置づけられていた。その分析に先立ち、ここでは、20世紀初頭に著された2つのテーゼから当時の公法学の問題意識を探ってみようと思う。

一つは、1914年に受理・公表されたポール・デュエズによる「法規範の画定における立法機関および命令制定機関の独立性について」<sup>(697)</sup>と題するテーゼである。これには副題が付されており、それが著者の関心を端的に示している。すなわち、「いかなる限度において、立法権および命令制定権は、以前の法律および命令、以前の契約および国際条約によって拘束されるのだろうか」。

著者によれば、このテーゼの背景には立法の増大という現実があったようである。また、学問的な背景としては、デュギーが生み出してジェーズが応用した法技術(*technique juridique*)は「非常に柔軟であって現実に適している」ものであり、その有用性の新たな論証に資することがテーゼの意義の一つであると述べられている<sup>(698)</sup>。デュエズのテーゼ自体は公法の基礎理論に関するものであり、特に、主権概念に基づく立法権の絶対性に対して、法治国家(*État de droit*)における立法権の制限を主題としている。すなわち、「表面化された機能が何であろうと、『法治国家』は、その他の特徴の中でも特に、以前の一定の法行為を国家が考慮するよう義務づける機能をもたらしめている」<sup>(699)</sup>こと、そして、「法規範は、決して、立法活動に対する法的障害とはなり得ない」<sup>(700)</sup>ことが論じられた。なお、立法には憲法も含まれており、その一方で、命令(行政立法)は極めて可変的であることから、命令制定機

<sup>697</sup> Paul DUEZ, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse Lille, Camille Robbe, 1914.

<sup>698</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>699</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>700</sup> *Ibid.*, p. 22.

関である行政が自身の過去の命令に拘束される可能性は主題から除かれている<sup>(701)</sup>。

デュエズにとっての問題関心は、議会が特定事項につき法律制定を禁止することによって将来の議会の立法活動を制限できるか否かであった。立法権や命令制定権限の制限は、法の段階構造からして憲法や法律によっても導かれるが、これは主題から明確に除かれている。というのも、その重要性が否定されたわけではないが、既に研究されてきており、実際に問題となるのは憲法事項や命令事項の配分決定であって根拠自体に争いはないからである。これに対して、前法による後法の制限の問題は、その根拠自体に争いがあり、これまで自覚的には論じられてこなかったため、デュエズはこれを主題としたのである<sup>(702)</sup>。結論としては、法規範の変更可能性が説かれたのであった。

また、いま一つは、1912年のアンドレ・ギロワによる「法律および命令の時間的適用についての研究」<sup>(703)</sup>と題するテーズがある。デュエズが基礎理論的考察を行ったのに対して、ギロワの研究は実定法に則したものであり、「立法者（あるいは命令制定機関）が既存の法的状態（*situations juridiques*）との関係において正当に決め得ること」は考察の対象から除かれている<sup>(704)</sup>。ギロワの研究対象は各法分野の全般にわたっているが、そのテーズは、後に、ジェーズやルビエが行政法の時間的適用範囲を論じる際に大きく参照されることとなった重要な文献である。

ギロワのテーズでは、主に20世紀初頭のコンセイユ・デタ判例の整理・分析・総合が中心となっており、その理論的基礎としては、法令の法的性質についてのデュギーとジェーズの研究が前提とされた<sup>(705)</sup>。ある意味では、その理論の実定法的検証といった研究となっている。すなわち、物理的活動を行う権限・義務（職業遂行の権限、物の使用・収益の権限、建築や解体の義務など）と新法との関係<sup>(706)</sup>につき、「法律〔および命令〕から生じた一般的な権限・義務は変更可能である」こと、それは判例によっても認められていることを論じている。注目されるのは、著者によれば、「〔法律・命令〕は、既存の状態（*situations existantes*）に対して即時に（*immédiatement*）適用され得る」ことが大原則であると解された。これには、2つの含意がある。すなわち、「そうした即時適用は『遡及効』ではない」こと、そして、「法律が一定の要件により認めている権限・義務は、法令の即時施行（*mise en vigueur immédiate*）を妨げ得る『既得権』ではない」ことである<sup>(707)</sup>。

ギロワは、「活動の権限・義務を将来に向かって即時に変更しようとするだけの規範に関しては、遡及や不遡及は問題となり得ない」<sup>(708)</sup>とまで述べている。そして実際、多様な場

<sup>701</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>702</sup> *Ibid.*, pp. 46-48.

<sup>703</sup> André GUILLOIS, *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, thèse Paris, Sirey, 1912.

<sup>704</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>705</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>706</sup> 法行為を為しうる権限・義務、すなわち、私法上の能力（*capacité*）と公法上の権限（*compétence*）については、意図的に考察対象から除かれている（*Ibid.*, pp. 10-11）。

<sup>707</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

<sup>708</sup> *Ibid.*, p. 9, note 1.



合において新法の適用が認められてきており、適用が斥けられた事例も例外的な理由のためであって新法の即時適用の原則には影響がないことを、コンセイユ・デタ判例に依拠しつつ示そうとしたのであった。

同時代に現れた以上の 2 つのテーゼは、明らかに、デュギーの学説を理論的基礎としていた。では、デュギーは、また同時代の代表的な公法学者は、法律の時間的効力について何を説いたのか。ただ、これに取り組むに先立ち、もう一つ確認すべきことがある。この時代の公法学者は、なぜ、この問題について公法学の立場から取り組む必要性を感じたのであろうか。具体的に言えば、なぜ、古くに確立した既得権論を斥けようとしたのであろうか。

この点、一つには、ジェーズが強く主張したように、公法を私法概念によって構築してしまうことが危惧され、私法の用語や論理構成が批判された<sup>709)</sup>。また、公法(学)の確立という学問的課題もさることながら、実際の課題を感じていたようでもある。このことは、デュギーの 1901 年に次のような説示から窺うことができる。

「現代のフランス実定法、特にフランス民事立法は、日々新たな要求と対立するようになっており、現代的生活の動向と願いとに十分には順応できていないが、それはまさに、民事立法が全体として主観的権利の概念に依拠しているからである。確かに、若い学派は、より柔軟な解釈によって古い実定法文を新たな要求に適合させようとしている〔脚注において、プラニオル、ジェニーを参照〕。その著作は賞賛に値するが、成功していない。」<sup>710)</sup>

実際、20 世紀初頭のフランスにおいて、遡及効があるかその疑いのある法律、何れにしても既存の法秩序を脅かすような法律が多く制定されたという事情がある。公法学者が独自の理論構築を試みたのは、私法とは異なる公法の確立を目指したためであることは否定できないが、単に学問的関心に支えられていただけではなかったと思われる。この時期は、公法・私法ともに、変動する立法実務が切実な問題を投げかけており、それを前にして学説も変容を迫られたのではないだろうか<sup>711)</sup>。そして、デュギーが述べているように、私法において古典学説の修正・克服が図られようとしているとしても、公法学者にとっては、なお現実にうまく適合できていないと考えられたのである。

<sup>709)</sup> この批判については、ジェーズの著書の第一巻(第二版)の序文を参照(第三版にも掲載されている)。

<sup>710)</sup> Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. par Dalloz, 2003, p. 13.

<sup>711)</sup> フランスにおいて修道会の設立を規制した 1901 年法、修道会による私教育を禁止した 1904 年法に対して、これが 19 世紀の諸法律によって確立した教育の自由を破壊すると批判した論者の一人にオーリウがいる。この法律およびそれに対するオーリウの批判に着目しつつ、批判の前提にある国家論の解明に取り組んだ研究として、参照、小島慎司『制度と自由——モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐる』(岩波書店、2013 年)。小島の研究から分かるように、旧来の法秩序を脅かすような新法に対しては、人権論や国家論による批判があり得る。20 世紀初頭のフランスにおいては、時代の新たな波に対応すべく多様な観点から公法理論の構築が目指されたのだと思われる。そこには、原理論ではなく法技術論を改鑄することによる対応もあったことであろう。法律の時間的効力に関する公法学説の展開は、こうした次元での学問動向であったと言える。

そうすると、公法学説の検討より前に、まず、私法学説の変容のあり方を明らかにする必要がある。次款において、これに取り組むこととしよう。

## 第二款 私法学説による既得権論の克服

フランス民法典 2 条の不遡及原則については、第三章第二節において、既得権論の成立から衰退までの展開を辿った。そこで明らかにしたように、既得権論は、19 世紀末にヴァレイユ・ソミエールによって徹底的に批判された。本款では、その後の世紀転換期における私法学説を取り上げる。というのも、学説<sup>712)</sup>においては、既得権論批判が直ちに受け入れられ、もはや既得権論は殆ど支持を得なくなるという点では、ヴァレイユ・ソミエールの大きな影響が見られる。だが、その先の問題、すなわち、法律の遡及効をどのように判定すべきかとなると、その所説が広まったわけではなかった。むしろ、既得権論にかわる新たな理論につき、20 世紀前半の学説は対立したのである。一方では、批判を受け止めた上で、時間的効力の議論枠組みを整理することで極めて形式的な理論が提示されたが(第一項)、他方で、既得権論を再構成しようとする論者もいた(第二項)。さらに、既得権論の問題意識を自覚的に受け継ぎ、その再構築を図ろうとする注目すべき見解も現れた(第三項)。以下では、これらの学説を分析することにより、私法学説の変容の様子を明らかにする。

### 第一項 批判の受容と普及

#### 1. 受容の契機——プラニオル

ヴァレイユ・ソミエールによる既得権論の批判は、間もなく、プラニオルによって完全に受け入れられた<sup>713)</sup>。プラニオルも、既得権と期待の区別につき、「誰も『既得権』を十分に定義できなかった」こと、「何らの基準も提示していないという誤りがある」ことを理由にして、「学問的観点からは全くもって誤っている」とまで強く批判した。では、理論的欠陥の原因はどこにあるのか。この点について、プラニオルは次のように指摘した。

「これらの〔既得権と期待という〕表現は、区別の結果を表現するものであり、実際には区別の仕方を何ら示していない。説明すべきであったのは、なぜ、旧法下での一定の既成状態(situation acquise)に新法が適用されないのか、まさにこの点なのである。」

また、既得権論においては、既得権と期待を実際に区別するにあたって、定義上は一方であるはずのものを実践的理由から他方に分類しようとして、定義に修正・例外が認められた結果、柔軟で捉えどころのない基準となってしまったことも、プラニオルによって批

<sup>712)</sup> 破毀院では既得権論が完全に放棄されることはなく、既得権への言及は現在にまで続いている。ただし、本款では、破毀院判例を考察対象から除く。破毀院判例については、参照、Thierry BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990.

<sup>713)</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., 1904, F. Pichon, p. 96 (初版は 1899 年)。以下、脚注を付けない部分は同頁を参照。

判された。ただ、単に矛盾が生じていると批判したわけではない<sup>714</sup>。プラニオルは、既得権論の曖昧さの原因について、その論理内在的な欠陥を指摘したのである。

すなわち、その原因は、「二つの異なった事柄を同一の定式でもって定義しようとしたこと」に求められる。古典的理論は、既得権と期待の区別において二つの問題を論じようとしていた、ということである。一つは、「旧法が専ら支配すべきである事実と過去において関係する新法の遡及」であり、いま一つは、「新法の下に位置づく事実を支配しつつける旧法の存続 (survie)」である。

プラニオルの功績は、既得権論への批判を受容したことだけでなく、このように議論枠組みの明確化を図ったことにあると言える<sup>715</sup>。それは、概説書の中の項目立てにも顕著に表れていた。「法律の適用期間」を扱う章の中で、プラニオルは、①「公布と廃止の間における法律の適用」、②「公布以前の実事に対する法律の適用」、③「廃止以後の実事に対する法律の適用」という三つの項目を設けたのである。その中で、新法の遡及の問題は②に、旧法の存続の問題は③に位置づけられることとなった。

確かに、古典的な既得権論においては、旧法下で生じたが新法後にまで継続する事実・行為や法関係に対する新法適用の可否も、すべて遡及効の有無の問題として扱われてきた。プラニオルも、「長きにわたり得る法的状態 (état de droit)」と新法との関係を考慮する必要があることは意識している。だが、それは、旧法の存続に関する③において扱われることとされたのである。そして、こうした問題設定の背景には、プラニオルが遡及効の定義を次のように極めて厳格に解したことが関係している。

「行為の適法要件を評価するために、また、既に現実化した権利の効果を変更したり失わせるために、法律が過去を見直す場合、法律は遡及している。こうした場合でなければ遡及してはならず、したがって、法律は、過去の実事や行為であってもその将来の効果については変更することができ、そうするとしても遡及ではない。」

<sup>714</sup> ヴァレイユ・ソミエールは、多様な補正によって既得権論には矛盾が生じていることを批判した。この点は、第三章第二節第三款第三項 (2) を参照。

<sup>715</sup> ただ、プラニオルは特に参照していないが、過去の実事から生じた既存の権利に対する新法適用の如何について遡及とは異なる問題設定があり得ることは、先行学説によって既に示されていた。19世紀の中頃になると、既得権でない限りは既存の権利に対してであっても新法をできる限り広範に適用すべきであると説かれることがあったが、この問題について、ヴァレイユ・ソミエールは、「私の〔不遡及原則に関する〕体系の帰結ではない」ことに留意しつつも新法適用の原則には反対していたのである。その論拠が注目される。すなわち、「新法が臣民の自由を制限するものであるときは、法律の不遡及原則が関係ない場合であっても、既存の権利と将来の権利とを区別すべき重大な理由があるとすれば、疑義があるときには区別がなされ、既存の権利には新法を適用しないでおくべきである」。ここでは、「法律が望んだことが問題であり、深刻な疑義がある場合には、最も合理的で正義に合うことを望んだと考えるべきである」。例えば、成人年齢を21才から25才へと引き上げる法律が施行された時点で、21才以上で25才未満の年齢の者に対して新法を適用するか否かは、不遡及原則の問題ではないが、ヴァレイユ・ソミエールは新法を適用すべきではないと述べていた。(VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1893, pp. 467 et 488)。

このように、過去の事実から生じた法的状態 (état de droit) について、新法が、その公布から将来についてのみ規律するのであれば、そこには何らの遡及効もないと解された。遡及効が厳格に定義されると、新法が遡及していると思なされる可能性が減り、その結果、新法の適用が原則であるとの理解につながり得る。ただ、プラニオルは、直ちに帰結を導くことはしなかった。旧法の改廃・新法の制定時にまで続く法的状態に対する新法の適用については、より積極的に、法律の時間的適用範囲に関する一つの原則が提示され、それによって正当化が試みられたのである。それは、法律と次款の関係についての極めて形式的な理解であると評しうる。プラニオルは、次のように述べている。

「こうして新法を適用する時 (temps) というのは、新法に固有の領域である。施行されているということだけにより、全くもって当然に、新法はその時間を支配する。〔中略〕実際、立法者は、現在の権利の将来における無限の行使を全く保障していない。かかる権利は、それを支配する法律、それを許容する法律の範囲内でしか存在も存続もしないのであって、あらゆる法改正の影響を受けなければならないのである。」<sup>(716)</sup>

したがって、例えば、公法では「何らの例外も留保もなく」新法が適用される。すなわち、「国家の政治形態は、常に、憲法制定権力あるいは立法府の裁量に委ねられているのであって、すなわち、変化が生じた場合には官吏や個人に対して即時に課されるのである。かかる法律は、単一性と不可分性が必要条件である制度を構成することを目的としているのである」<sup>(717)</sup>。私法でも、法律のみによって規律されている時効については、新法が適用される。だが、個人の意思に依存する事柄については、新法の適用が排除されるようである。何れにしても、プラニオルによれば、新法の適用が緩和されて旧法が適用され続ける場合はあり得るが、それは「遡及とは逆のこと」であり、「廃止法律の残存 (survivance d'une loi abrogée)」であると位置づけられることになるのである。

ところで、このように説くに際しては、「現在と未来は法律の支配下にある」との発言を含むポルタリスの一節が引用された。それは、封建特権といった既存の制度を解体することは遡及立法ではない、と説いた部分である<sup>(718)</sup>。プラニオルによる既得権論の解体と議論枠組みの整理は、いわば、100年前の民法典制定時の議論に遡り、それを当時の純粋な形で蘇らせるものであったと言えるかもしれない。

以上要するに、プラニオルは、一方で、行為の適法性や法効果に限って過去を見直す（適法であった行為を事後的に違法とする、既に生じた法効果を事後的に変更・剥奪する）こ

<sup>716</sup> M. PLANIOL, *op. cit.*, p. 100.

<sup>717</sup> *Ibid.*

<sup>718</sup> 「既存の制度を解体することは、決して、遡及立法をなすことではない。というのも、もしそれが遡及立法であるならば、法律は何も変えることができないと言わなければならないであろう。〔だが、〕現在と未来は法律の支配下にある。確かに、法律は、存在している事物を存在しなかったとすることはできない。だが、もはや存在しなくなると決めることはできる。然るに、これが、封土や貴族、高等法院を解体した法律によってなされたことなのである」。

とにのみ遡及効を見出し、他方で、権利はその根拠であった法律が有効である間しか原則として存在せず、あらゆる法改正の影響を受けるはずであり、したがって、新法を適用するのが原則であると説いたのであった。

## 2. 20 世紀の学説への普及

プラニオル以後、既得権論への批判は 20 世紀前半の学説において広く共有された。既得権と期待の区別という基準の不明確さ、厳密な区別が不可能であること、そして、新法は原則として施行から将来に向かって直ちに適用されるべきことは、一定の論者が認めることとなったのである<sup>(719)</sup>。例えば、アンリ・カピタンによれば、「新法は既得権を尊重しなければならないという観念は、過去についてのみ正しく、未来については正しくない。ある権利は社会秩序にとって有害であると判断した場合、立法者は当該権利を制限・廃止できるのであり、したがって、新法発布の時点で存在しているそうした権利に新法を即時に適用しても、不遡及原則には反しない」<sup>(720)</sup>。

このように、学説では、過去と未来とが現に区別されるべきであると考えられるようになった。このことは、既得権論の論理的難点を浮き彫りにしたと評することができる。というのも、古典学説において、既得権は過去から未来へと維持されるべきものと解されていたため、過去については維持されるが将来的には失われることは想定されていなかった。その思考は、将来的にも維持すべきか、あるいは、将来だけでなく過去についても尊重する必要はないか(この場合には、過去において認められたかもしれない何らかの権能や利益であっても、その享有や将来的な維持・受益は単なる期待に過ぎないものであったと解されることになる)、というような二者択一だったのである。

ただ、既得権論に対する距離感は必ずしも一様ではなかった。既得権論を批判したカピタンであっても、そこには「真実の断片」が含まれていることも認めていた<sup>(721)</sup>。また、ジョスランは、1930 年の時点で、なおも次のように既得権論の有用性を認めたのである。

「確かに、既得権と期待との決定的リストを作成することは諦めなければならない。だが、そうしたリストが全く空想的ということではない。実のところ、批判された区別は、直感、感覚が関係する微妙な問題なのである。それは見解の不一致をもたらしてはいるが、しかし少なくとも、不遡及原則の射程とその存在理由とを探ることによって、より子細に現実を究明することは可能である」。

「既得権と期待との区別は柔軟で流動的ではあるが、とりわけ、個人の法律に対する信頼(*confiance*)を立法者は裏切ってはならないという観念によって理解するのであれば、2 条の適用について大いに役に立ち得るのである」<sup>(722)</sup>。

<sup>719</sup> Par exemple, Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., A. Pedone, 1929, pp. 67-81 ; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1930, pp. 47-58.

<sup>720</sup> H. CAPITANT, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>721</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>722</sup> Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. I, Sirey, 1930, pp. 49-50 et 53. ジョスランは、法律に

ここでは、新たな正当化ないしは再構成の可能性と意義が示されている。そして実は、ジョスランに限らず、古典的理論の問題点は認めつつも既得権論を完全には放棄することなく、新法の適用を強調するプラニオルのような見解に与しなかった論者は他にもいた。確かに、そうした立場は当時において大勢ではなく、現代の学説に受け継がれることもなかった。だが、法律の時間的効力をめぐる 20 世紀前半の公法・私法に通じる学問状況の中では、概念の再構成や理論の再構築の試みが見られたことは特に注目に値するものと思われる。以下では、二つの学説を取り上げる。

## 第二項 既得権の概念の再構成

### 1. 行使された法律上の権能としての既得権

まず、20 世紀初頭に既得権の概念の再構成を試みたのが、ボドリー・ラカンティヌリーとウク・フルカドである。すなわち、既得権とは「適法に行使された法律上の権能」であり、期待ないし利益とは「法改正がなされた時点ではまだ行使されていなかった権能」であると定義し直したのである<sup>(723)</sup>。さらに、こうした定義の背景には権利の行使と取得について次のような理解があったことが注目される。

「権利という名の下で、法律は、我々に対して能力（aptitudes）を認め、権能（facultés）を開くのであり、一般的に、それを行使するもしないも我々の自由に任されている。そうした能力の一つを用いるまで、我々は権利を有していると言ってもいいであろうが、専ら、所定の方式によってそれを取得する能力があるという意味においてである。ただ、当該方式を踏み、能力を用いるために必要な行為によって実際に自身の能力が表明された場合でなければ、当該権利が取得されることはない。法律上の権能は、そうした行為の中で具体化され、それにより外部に表明されるのであるが、そうした権能の行使が既得権を構成するのである。そして、それ以後、権利は我々のものとなるので、新法がそれを奪うとすれば遡及効を見出さざるを得なくなる。」<sup>(724)</sup>

ボドリー・ラカンティヌリーとウク・フルカドとしては、権能の行使という基準に拠ることで、既得権に異質の要素を持ち込むことがなくなると考えたようである。例えば、公

---

対する信頼に関して、エマニュエル・レヴィーの *La vision socialiste du droit*（43 頁以下）への参照を求めている。

<sup>723</sup> Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Maurice HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. I, 2<sup>e</sup> éd., L. Larose, 1902, p. 104. ボドリー・ラカンティヌリーによる概説書は全 22 巻からなるが、複数の民法学者が共著者として加わっており、ウク・フルカドもその一人である。ボドリー・ラカンティヌリー自身の既得権論については既述（前注 514 に対応する本文を参照）のとおりであり、古典学説と概ね変わりはない。そのため、本注の概説書の記述については、共著者のウク・フルカドの寄与が大きいものと思われる。なお、不遡及原則に関しては、第三版（1907 年）でも記述内容に変化はない。

<sup>724</sup> *Ibid.*

法関連の法律がその施行時点で存在する市民すべてに適用されることは、「制度の単一性および不可分性」<sup>(725)</sup>といった理由からではなく、また、私益に対する公益の優越のためでもない。そうではなく、「公的権利 (droits publics) は、その将来の行使に関する限り、単なる権能 (faculté)、能力 (aptitude) でしかなく、その行使としての各行為の実行によってしか既得権にはならない。したがって、過去における行使を尊重するのであれば、新法は市民から将来的に公的権利を奪うことができ、それは遡及効をとまなうものではない」<sup>(726)</sup>。

## 2. 概念の実質的変容

権能の行使への着目は明らかにドイツ法学説から示唆を得たものであるが<sup>(727)</sup>、フランスの古典学説と比べるならば、再構成された既得権の概念には特別の意義がなくなってしまうと言わざるを得ない。権利を享有している状態と同義となっているからである。

というのも、ここで、「享有 (jouissance) とは、権利を取得すること、権利を賦与されること、その所持者となることへの法律上の能力 (aptitude)、あるいは、そうした能力によって得られたところの権利の所有 (propriété du droit, acquise en vertu de cette aptitude) ということである」<sup>(728)</sup>。権利を取得して所有するに至ったという理解については、古典学説の定義と共通している。だが、行使された権能としての既得権は、権利の取得・所有の側面のみに着目するものであり、それは即ち、“取得された権利”を享有していることであると言いうる。

ただ、何らかの権利を有することから生じた権能については、取得された権利それ自体とは区別される。例えば、物を購入することによって所有者となり得る能力を行使すると、所有権を取得し、そして、新たな権能（所有物の使用・収益・処分）を行使し得るようになる。この場合、所有権それ自体は取得されたため新法の適用を免れるが、使用権などについては、行使されていない限り新法が適用される。したがって、ボドリー・ラカンティヌリーとウク・フルカドによれば、「権利それ自体」と、「権利が取得された場合にそこから生じる諸権利・諸権能」が区別されるべきとされる<sup>(729)</sup>。とはいえ、後者を区別すべきというのは、そこでは権利の享有ではなく行使が問題となっており、そして、権利はその行使に関しては既得権となり得ないことを意味しているに過ぎない。「権利の行使とは、権利を用いること、それを実行に移すことへの法律上の能力、あるいは、そうした能力に従いなされた行使である」<sup>(730)</sup>、とされ、定義上、行使と享有は区別されるからである。

要するに、享有されている権利について新法は適用されないが、権利の行使に関しては、行使時に新法が制定されていればそれが適用される、と説かれただけではない。そうだとすれば、例えば所有権それ自体を奪い得ないことは当然であるとしても、取得されて享有

<sup>725</sup> これはユックの見解である (Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, F. Pichon, 1892, p. 64)。

<sup>726</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 117.

<sup>727</sup> ギールケ、ラサール、ゲルバーによる既得権の定義が参照された (p. 104, note 1)。

<sup>728</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 319.

<sup>729</sup> *Ibid.*, pp. 106-107.

<sup>730</sup> *Ibid.*, p. 319.



している権利がなぜ新法の適用を免れるのかは説明されていないように思われる。

### 第三項 « situation juridique »と時間の観念

#### 1. 既得権論の再評価

次に、既得権論への批判に対しては、それが不遡及原則の意義を矮小化しているとの反論がボヌカーズによってなされた<sup>(731)</sup>。その中で注目されるのは、反論に際して、既得権論の本質についての再評価がともなっていたと思われる点である。既得権論それ自体が維持されたわけではないのだが、その再評価に基づき、独自の理論構築が試みられた。それは、実質的には既得権論の再構築であったと位置づけられるように思われる。

では、何についての再評価なのか。この点については、その前提であるボヌカーズの反論の矛先を知る必要がある。例えばプラニオルは、過去の事実から生じた法的状態であっても、新法公布後においては新法が適用されるべきであると説いていた。こうした学説に対して、ボヌカーズは、「不遡及原則の純粋に形式的な理解にかこつけて原則を実質的には否定する一部の学説動向」<sup>(732)</sup>を問題視した（ここでの批判対象には、プラニオル、コラン＝カピタンだけでなく、公法学者のデュギーとジェーズも含まれている）。すなわち、法律にとっての時間さえも物理的意味で観念し、新法の公布を基準にして時間を形式的に分離してしまった点である。こうした時間把握は、既に、ヴァレイユ・ソミエールにおいて見られたところであり、「過去とは法律の公布よりも前の時であり、未来とはその公布後の時である」<sup>(733)</sup>と述べられていた。だが、公布の前後で時間を形式的に区切るとすると、新法の公布前から存在していた法的状態であっても公布後は新法が適用されるべきであり、しかも、そこに遡及効はないという帰結が導かれてしまう。

このように反論して、形式的・物理的な時間観念を批判したボヌカーズであるから、その議論は、さらに、不遡及原則における時間の問題へと向かう。不遡及原則を論じるには何らかの基準によって過去と未来とを分けなければならないことを、ボヌカーズはより強く意識していた。「法律の遡及というのは、同時に、過去へと及ぶ法律を意味している」、したがって、「[過去の概念の] 定義は、法律不遡及についてのあらゆる理論にとって不可欠の出発点である」<sup>(734)</sup>ことに注意を喚起するとともに、自らの問題として引き受けたのである。

では、ボヌカーズとしては、過去をどのように考えたのか。この点、過去の問題は、実

<sup>731</sup> Julien BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie – Supplément*, T. II, Sirey, 1925, pp. 13-280. 本書はボヌカーズによる改訂増補の形をとっているが、全面的に書き換えられ、原著者の既述は一つの学説という形で扱われて検討対象とされており、原著とは全く異なる内容になっている。不遡及原則については、民法典2条の制定過程での議論、革命期の遡及立法、註釈学説、判例をそれぞれ概観（大部分は引用）して簡単にコメントした後、ボヌカーズの私見が展開されている。

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>733</sup> VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois », *op. cit.*, p. 445, note 1.

<sup>734</sup> J. BONNECASE, *op. cit.*, pp. 237 et 23-24.

は古典学説において既に理論構成の出発点であった。メルランは、遡及とは過去の不利益変更であると定義した上で、二つの要素につき検討を進めていたのである。ただし、過去については、過ぎ去った事物 (*choses passées*) と未決の事物 (*choses en suspens*) とが区別されはしたが、区別が容易でないことから、具体的事例に則した検討が中心であり、明確な基準は示されなかった。それでも、ボヌカーズは、こうしたメルランの議論を通じて過去の要素の受容性を引き出したのである。しかも、次のようにも述べており、そこでの過去の意味につき一つの理解を提示したのである。

「メルランは法律に鑑みた過去を語っており、このことは、過去概念につき物理的意味と法的意味とを区別すべきであると考えられていたことを示しているように思われる。」<sup>(735)</sup>

こうしてみると、ボヌカーズがメルランを中心として既得権論を再評価していることが分かるであろう。実際、時間の法的把握という点では古典学説に評価すべき側面があったことを、明示的に指摘している。

「〔既得権論には、〕過去・現在を法的観点から捉えて、未来がそれらを損ねるのではないかという絶えざる脅威、そして奇妙な現象ではあるが、それらを損ねても損壊手段である法律に遡及効が伴うことはないという絶えざる脅威に、過去・現在を曝さないという利点がある。」<sup>(736)</sup>

## 2. 法的時間と« *situation juridique* »

ボヌカーズは、以上のように既得権論の時間観念を評価しつつも、しかし、既得権の概念では狭すぎることに問題があったと考えた。では、概念をどのように casting すべきであるのか。この点については、物理的意味の時間と法的意味の時間との区別と関連づけながら、次のように説いたのであった。

「物理的意味での過去とは、現在の概念の基礎であり、それを構成するものとして定められた特定の事象よりも前の諸事象である。物理的意味での未来とは、基準点とされた現在の事象から後に生じる諸事象である。ただ、法的観点から過去と未来を定義するとなると、問題はこれ程に単純ではない。諸事象の継起的序列に関しては、法的現実 (*réalité juridique*) は物理的現実 (*réalité matérielle*) に厳密に対応するわけではないのである。というのも、具体的法的地位 (*situation juridique concrète*) が生じた場合、そこから生じ得るあらゆる帰結は当該地位と一体的であるために予め生じていると十分みなされ得るという意味で、具体的法的地位には未来の一部が潜在的に (*virtuellement*) 含まれており、それは過去の法律に服することが理に適っているのである。」<sup>(737)</sup>

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>737</sup> *Ibid.*

例えば、この観点からすると、夫婦の身分は、婚姻した時点で、現在および将来において不可逆的に生じたと見なされる。そのため、夫婦の身分を変更する法律が既に婚姻した夫婦に対して公布後において適用される場合であっても、「潜在的に実現していた何かしらの事物」を損ねてしまうのであって、その意味で、未来のみを規律しているわけではないと解されることになる。

ボヌカーズにおける法的時間は、先の引用から分かるように、法的地位とその帰結との一体性、その意味で、一定の法的地位には未来が潜在的だが予先的に内包されていることを捉えるものであると思われる。問題は、そうした性質が観念される具体的法的地位とは何かである。

まず、法的地位 (*situation juridique*) とは、「特定の法規範や法制度との関係における各人のあり様 (*manière d'être*)」である。これが、二つに区別される。第一に、抽象的法的地位であり、これは、「特定の法律に対する潜在的または理論的な各人のあり様」である。ここでは、「個別化されておらず、単に類型的に (*in genere*) に特定されているのみ」であり、「名宛人に対する現実的帰結を欠いている」。これに対して、第二に、具体的法的地位であり、これは、「特定の者に対して法制度上の規範を作用させることによって、当該作用と結びついている利益および義務を実際的に付与するところの法行為ないしは法的事実から特定の者に生じるあり様」である。これは、法行為や法的事実に基づく「具体的現実 (*réalité positive*)」である<sup>(738)</sup>。

そして、遡及・不遡及は、この区別を基準にして判断される。ある法律が抽象的法的地位を規律するだけであれば遡及ではないが、具体的法的地位に影響を及ぼす場合、そうした法律は遡及していると解されるのである<sup>(739)</sup>。

こうした遡及効の基準について、ボヌカーズは、「極めて簡素であるという利点」および「その包括性と単一性」によって正当化されると述べているが、これらに関する指摘からは、法的地位の区別論の真意が見えてくる。

第一に、前者に関しては、遡及効の有無と密接に関わる具体的法的地位の判定が容易であることが指摘されている。すなわち、具体的法的地位は、「当該地位を新法の支配から免れるさせようとする者に対して、当該地位をを生じさせる法文が既に作用した場合」<sup>(740)</sup>であれば認められるとされる。そして、その判定のためには、「そうした者に対して、法行為あるいは法的事実 (*fait juridique*) が実現したか否か」を検討すればよい、というのである。

また、第二に、後者に関しては、「あらゆる法的地位は、法律上の地位 (*situations légales*)」であると解されるため、それ以外の各性質による区別は一切なされない。ただ一点、「法行為から生じる地位について、法律がいわば内容形成を当事者に委ねている」場合には、法行為の実現の有無という特別の考慮がなされる<sup>(741)</sup>。何れにしても、上記第一の観点に基づ

<sup>738</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>739</sup> *Ibid.*, pp. 247 et 265.

<sup>740</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>741</sup> *Ibid.*, p. 249.

き、法的地位が抽象的か具体的かの区別がなされるのみである。古典学説の既得権の概念では狭すぎると考えたボヌカーズは、法的地位の概念によって、既得権の概念の内実を評価しつつ拡張したのである。この点につき興味深いのは、既得権を「適法に行使された法律上の権能」であると再構成した学説に対しても、概念の狭さが批判されている点である。というのも、個人にとって授益的な法律が、必ずしも「積極的な能力、積極的な権限」を付与するとは限らないからである<sup>(742)</sup>。

さて、20 世紀初期における私法学説のこうした変容を横目にしつつ、時代の変化に対して公法学説はどのような理論的対応をしたのであろうか。次款で、公法学説による不遡及原則の理論形成の様子を辿ることとしよう。

---

<sup>742</sup> *Ibid.*, p. 244.

### 第三款 公法学説による理論構築の試み

---

公法学説においては、世紀転換期から以後、それまでとは異なり法令の時間的効力が論じられるようになる。その際に見解を分けたのは、不遡及原則の根拠づけや遡及効の有無に関して民法典2条に依拠するか否かであった。そして、その背後には、2条と密接に結びついている私法学説の既得権論への評価が関係していた。

この点、前款で明らかにしたとおり、19世紀末には私法学説によっても既得権論は批判されるに至った。古典学説では、既得権を侵害するならば法律には遡及効があり、そして民法典2条により遡及効は原則として認められないと説かれた。要するに、既得権はその内実が問われるべき概念であるはずなのに、民法典2条の解釈論の関係では結果を正当化するための概念になっていたのである。概念が空虚であれば、曖昧なのも当然であろう。そのため、私法では主に概念の曖昧さが批判されたのであった。

公法学説においても、レオン・デュギーは、私法において既得権論を批判したヴァレリュ・ソミエールやブラニオルを挙げて、「これらの学説は完璧に私の法理論と一致する」と述べており、既得権の概念を強く批判した（第一項）。ただ、既得権の概念の問題性は、公法ではより切実であったかもしれない。公法には、憲法にも法律にも不遡及原則について規定する条文がないからである。19世紀から、コンセイユ・デタの判例では遡及効を理由にして行政立法や個別処分が取消されることがあり、その際に、散発的ではあるが既得権の侵害に言及されることがあった。もっとも、それは一貫した判例というわけではなく、また、遡及効あるいは既得権侵害が認められなかった事例も多々あった。こうした状況下では、公法において既得権の概念を受け入れられないとすると、不遡及原則はどうなってしまふのであろうか。あるいは、新法適用が原則なのであろうか。もちろん、既得権の概念を批判した公法学者であっても、公法における不遡及原則それ自体まで放棄しようとしたわけではない。公法の時間的効力に関しても、法律不遡及が原則であると説かれたのである（第二項）。

ただ、既得権論を批判したことから、何をもって遡及効であると理解するかについて問い直すことが不可欠となった。その際、新たな理論構築となると、公法学者が私法学説を明示的に参照することは殆どなかった。私法学者のブラニオルは、既得権論を批判する文脈で、「説明すべきであったのは、なぜ、旧法下での一定の既成状態（situation acquise）に新法が適用されないのか、まさにこの点なのである」と述べていたが、公法学者が取り組んだのは、まさに、この課題なのであった（第三項）（第四項）。

## 第一項 既得権の概念に対する批判

### 1. 民法典2条の適用と既得権の限定

公法の時間的効力が論じられるようになった契機の一つは、行政立法 (*règlement*) の遡及効をめぐる問題であった<sup>(743)</sup>。そして、法律の不遡及原則を定めている民法典2条の趣旨は行政立法にも妥当すると説かれた。「[2条]は行政立法の制定権限の行使において行政機関を拘束することは疑いない」<sup>(744)</sup>、というのである。あるいは、法規範の制定機関にかかわらず、「公権力によって制定される一般的規範という性質」に法律と行政立法との共通項を見出す<sup>(745)</sup>ことで、2条の適用が肯定された。

もっとも、その際には、「法律についても行政立法についても、[不遡及]原則の実際の射程を誇張すべきではなく、遡及効を問題とすべきではない場合に問題を提起すべきではない」と警鐘を鳴らす論者もいた<sup>(746)</sup>。ここからは、公法において不遡及原則が妥当としても、それを口実にして新法の適用を不当に斥けてはならないという問題意識が窺われる。つまり、「『遡及効 (*rétroactivité*)』という言葉の正確な意味を理解しなければならない」<sup>(747)</sup>というのが公法学者を含めて19世紀末以降の共通理解となっていたのである。そのために既得権論が批判されるようになったが、19世紀末頃の時点では誰もが既得権論を放棄していたわけではない。古典的意理論であるだけに、思考の土台をなしていたことも確かである。それでも、少なくとも公法については、その特殊性を考慮すべきであると考えられた。すなわち、「公法においては、公権力が私法にはない理由から権威的に命令をするため、遡及適用を及ぼすことができない既得権は私法よりも希である」<sup>(748)</sup>。

したがって、公法にも民法典2条が適用されるといっても、「その公布以前に完全に終結した事実」には新法が適用されないことを意味するだけであり、「行政立法の以前に既に形成され、当然に持続すべき地位」が既得権として保護されることは少なく、新法が適用されると解された。というのも、「通例、行政立法は——特に警察命令について明らかなことであるが——、公序 (*ordre public*) を理由としており、そうした目的を追求している。そして、誰も、公序よりも高次の権利を有しているとは主張できない」<sup>(749)</sup>からである。例外的に新法から保護されるべきとされたのは、年金などの「純粹に金銭的利益」が問題となる場合だけであった。

<sup>743</sup> 行政立法の遡及効が問題とされるようになった主な要因は、前節で取り上げた警察規則 (*règlement de police*) の増加であったと推察される。ただ、これを概説する19世紀の文献では、警察規則制定権限の範囲・限界について、場所的・人的適用範囲、法律との適合性が論じられ、また、宗教的・個人的・経済的自由、平等、所有権を侵害する場合は無効であることが論じられているが、遡及効について言及はなかった (Alphonse GRÜN, *Traité de la police administrative*, Veuve Berger-Levrault et fils, 1862, pp. 220-237)。

<sup>744</sup> J. DEJAMME, « Du pouvoir réglementaire », *op. cit.*, 1893, p. 261.

<sup>745</sup> Félix MOREAU, *Le règlement administratif*, Albert Fontemoing, 1902, pp. 248-251 (248-249).

<sup>746</sup> *Ibid.*, p. 248, note 1.

<sup>747</sup> J. DEJAMME, *op. cit.*, p. 261.

<sup>748</sup> F. MOREAU, *op. cit.*, p. 249.

<sup>749</sup> *Ibid.*, pp. 249-250.

こうした〈民法典 2 条の適用＋公法の特殊性〉型の思考は、19 世紀の早くから見られたものであることは既に明らかにした<sup>(750)</sup>。これに対して、20 世紀には、既得権の概念それ自体が大きく槍玉に挙げられることとなる。既述のとおり、行政と私人との関係を契約関係ではないと理解して独自の法的構成を試み始めた公法学者としては、なおさらであった。

## 2. 権利の既得性への批判

フランスにおいて既得権の概念を正面から批判した公法学者は、レオン・デュギーがおそらく最初であったと思われる。権利否認論者のデュギーにとっては、そもそも、既得権の概念を受け入れる余地はあり得なかった。そして、デュギーの批判はより厳しく徹底していたことが注目される。

デュギーによると、「立法上の規範 (norme) は、決して、個人に対して直接に真正の主観的権利を付与せず、主観的法的地位を形成しない。専ら、意思に向けて、法効果を正当かつ有効に要求する権限 (un pouvoir de vouloir) をもたらすだけであり、この要求権は真に客観的権限である。主観的法的地位、主観的権利は、個人的かつ特別の意思行為がなされた場合にしか生じることはない」<sup>(751)</sup>。では、デュギーにとって、既得権の概念について何が問題であったのか。この点は、次の説示から窺うことができる。

「この客観的権限は法律のあらゆる変動に従うものであり、法律とともに変わり、法律の多様な変遷に応じて、拡大・縮小・消滅するのである。したがって、多くの論争を引き起こした欠陥のある用語法によると既得権と呼ばれるものでは決してあり得ない。それは奇妙な表現である。というのも、権利は存在しないか存在するかなのであり、もし存在するのであれば、それは常に既得 (acquis) である。この表現は、純粋な個人主義においてのみ意味があり得た。それによれば、既得権と生得権 (droits innés) が対比され、前者は市民組織 (organisation civile) から生じ、後者は自然そのものに由来するのである。しかしながら、この表現は、フランスとドイツの法学者によって絶えず用いられている。もっとも、若干の論者〔ギールケとラサル〕は、既得権の表現を用いながらも、主観的権利と客観的権限についての私の区別に対応する定義<sup>(752)</sup>を与えている」。「だが、フランスの学説では……、既得権とは、一定の場合に、特定の個人に対して法律が実際に与えた権利であると考えられており、これには単なる期待が対比されている。」<sup>(753)</sup>

ここで最初に述べられているように、法令上の法的地位の変更可能性を説くこととの関連で、既得権の概念は取り上げられた。もっとも、既得権がドイツ法学説のように主観的

<sup>750</sup> 本章の第一節第一款を参照。

<sup>751</sup> Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. par Dalloz, 2003, p. 589.

<sup>752</sup> 例えば、ギールケの定義が引用されているが、それによれば、「既得権とみなされるべきは、特別の取得権原に基づき主体が有する権利である……。法律上の権利、一般的権利、特殊の権利は、全ての人やある層に属する人々に対して法規範が直接に定めたものであって、既得権ではない。というのも、これらについては、個人的な取得権原が欠けている」。

<sup>753</sup> L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., pp. 593-594 et 595.

権利と同義に解されるのであれば、法令に基づき権利が生じることを否定するデュギーとしても、既得権の概念をあえて批判する必要はなかった。実際、そうした定義に対しては、「既得権と表現するのは不適切である」とだけ指摘するにとどまっている。しかも、個人の意思行為がなければ権利ではなく、法律上の権限は権利ではないとされている点で、ギールケやラサールの学説は正しいとも述べている。

これに対して、特に問題とされたのはフランス法学説の理解であった。それは法律が既得権を付与するのはどのような場合かを論じていたが、「論争に終わりはなく、絶えず矛盾がある」。しかも、批判されたのは既得権論の曖昧さだけではない。デュギーの分類における主観的権利であっても権限であっても、何れにしても、フランス法学説によると一定の場合には既得権であるとされ新法によって変更されることはないと帰結されてしまう点も、批判された。法的な何らかの関係が、特にその性質を問わないままに個人にとって「既得」となり得ることは、デュギーにとって到底受け入れがたい理論であった。上記説示では「奇妙な表現」とであると批判された既得権の概念であるが、同旨のことが後にも次のように述べられている。

「既得でない権利とは何なのかは誰にも分からなかった。仮に主観的権利の存在を認めるとして、それは存在するかもしれないかであり、ある者に権利があるか否かである。既得でない権利とは、権利がないことである。自然法学派や万民法学派の法学者の用語法においては、既得権という表現には意味があった。それは、生得権ないし自然権とは対照的に、人が社会生活上の行為によって取得した権利を意味していた。だが、不遡及論における〔既得権という〕言葉は、こうした意味で用いられているのでは決してない。」<sup>(754)</sup>

デュギーによれば、「正確にいうと、権利とは法律によって認められた利益であって、それ以上ではない」<sup>(755)</sup>。そうした意味での権利が「既得」とであるとは何を意味しているのか、そもそも「既得」となり得るものなのか、デュギーはこうした点に疑念を向けたのであった。

### 3. « droit »の概念の曖昧さ

デュギーが一般法理論の次元において既得権の概念を批判したのに対して、行政法に固有の問題を検討するに際して既得権を語ることを強く批判したのは、ガストン・ジェーズであった。

ジェーズは、1903年には既に、コンセイユ・デタが「かなり不正確に」既得権に言及していると批判していた。真正の権利を生み出さない地位であっても、既得権であるとして越権訴訟を認めることがあったからである。そして、その例には、商工業の自由とともに

<sup>754</sup> Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1928, p. 231.

<sup>755</sup> *Ibid.*, p. 229.



「官吏の法律上の地位」が挙げられていた<sup>(756)</sup>。また、既得権の概念の批判として比較的まとまった記述もみられる<sup>(757)</sup>。ジェーズは、オットー・マイヤーを参照しつつ、「*droit*」の語の意味が混同されていることを批判したのである。

すなわち、第一に、「*droit*」は、「*droit civil*」などの用法のように「一般的・抽象的な法規範」と同義である。第二に、「*droit de propriété*」の用法のような場合であり、オットー・マイヤーによれば「能力、一般的可能性 (*faculté, possibilité générales*)」と述べられているが、ジェーズはこれを「一般的権限 (*pouvoirs généraux*)」であると説明する。こうした意味での「*droit*」の存在は、個人に「強い利益 (*intérêt renforcé*)」があることを意味する。20世紀初頭まで法律違反を理由にしてコンセイユ・デタに行政行為の取消を請求するには「既得権」の侵害があることも求められていたが、第二の観点を明確にするならば、「既得権の侵害とは、越権訴訟の意味では、こうした一般的権限のより重大な侵害に過ぎない」、ということになる。そして、第三に、「*droit de créance*」のように、一般的権限に基づく意思表示によって形成される個人的な法的地位を指していることもある。

また、ジェーズは、許可を受けて操業していた施設に対して閉鎖命令が下されたことが争われたコンセイユ・デタの事例についての評釈の中においてであるが、「許可は、それを得た者に対して……いわゆる既得権を形成しない」、とも批判した<sup>(758)</sup>。

「個人は、今後得られる許可や既存の許可との関係で、いわゆる既得権 (*droit acquis*) を有してはいない。個人が有するのは、自由を回復することや禁止がなかった時のように活動を行えることの一般的権能 (*faculté générale*)、可能性 (*possibilité*) に過ぎない。」

ここでの指摘は、警察許可が一般的禁止を解除するという性質の検討と関係している。すなわち、許可によって得られた能力は、「明示的な法令規定がない限り、行政官がそれを事後的に制限することや裁量的に再び禁止することは不可能であるため、非常に大きな安定性 (*stabilité*) を有することがある」。こうした側面があることを、ジェーズも否定しない。「だが、そうした安定性から生じ得る諸利益が、許可の法的性質を変えることはない。許可には、それ自体によっては何も含まれていない。それを得た者に対して、一つの効果がもたらされるに過ぎない。すなわち、活動が行われる限りにおいて当該活動に一定の方向で及んでいた禁止が、取り除かれるのである。そうした者は、以後、自由を回復する。だが、取引や事業活動の自由に何かを付け加えるわけではなく、自由への回復は、個人的な法的地位、言葉の正確な意味での既得権であるとは見なされ得ない。既得権、真正の個人

<sup>756</sup> Gaston JÈZE, « Les principes généraux du droit administratif », *Revue générale d'administration*, 1903, T. II, p. 398, note 1.

<sup>757</sup> Gaston JÈZE, « Les principes généraux du droit administratif », *Revue générale d'administration*, 1903, T. III, p. 276, note 4.

<sup>758</sup> Gaston JÈZE, note sous CE, 4 mars 1904, *Société fils A. Deutsch, RD publ.* 1904, pp. 263-277 (特に 272 頁以下を参照)。

的な法的地位が存在するのは、活動の能力や回復した自由に基づき、個人が権利を生じさせる法行為をなした場合だけである」<sup>(759)</sup>。

## 第二項 不遡及原則の根拠づけ

### 1. 実定法律の本質論

デュギーは、「法律とは、本質的に、治者による客観法規範の確認である」という実定法律の本質を論じる中で、そこから導かれる法律の一般規範性との関係で、その時間的効力についても一つの限界を見出した<sup>(760)</sup>。

デュギーにおいて、「法律は一般的規範 (*règle générale*) である」(そうした性格を有しない場合には法律ではない)<sup>(761)</sup> ことは、社会連帯の観念と結びついている。すなわち、「法規範は社会連帯によって基礎づけられるが、社会連帯とは、一定の社会の成員すべてを含んでおり、一般的であって、永続的なものであり、いわば、社会生活すべてを包み込んでいる。法規範には、[社会連帯と] 同じ性格、同じ射程がなければならない」<sup>(762)</sup>。そして、社会連帯から生じる法規範には、強制力がある。というのも、「個人は社会的かつ個人的という二重の性格を有するために免れることのできない連帯の関係の中で結ばれており、社会連帯から生じる法規範は、そうした個人すべてが認めなければならないものである」<sup>(763)</sup> からである。このような性質を有するものであるべきことから、内容的にも、「法律は、既存の法規範 (*règle*

<sup>759</sup> *Ibid.*, p. 273-274. なお、許可が既得権を形成するものではないという考察から、ジェーズは、さらに、警察許可の法的性質を引き出した。すなわち、「[警察許可] は個人的な法的地位、既得権をそれ自体では形成しないので、事実 (*fait*) にとどまる。それは、個人が一定の方向において活動を適法に行うことができるようになるために法律が設けた要件をなす事実なのである」。

こうした一般的帰結を導いたのは 1904 年であり、この当時、ジェーズの理論構築は初期段階にあった。そのため、以上に続けて次のように述べていた。「だが、当該事実は法行為の形式をとっている。それは意思的事実 (*fait de volonté*) であり、その形式のために、原則として、本来の意味での法行為の制度すなわち個人的な法的地位を形成する意思表示の制度に服している」。こうした理解は、特に目新しいものではないであろう。しかし、後になると、ジェーズは、警察許可といった行政行為は「条件行為」であると主張するに至る。警察許可が既得権を形成しないことを一般化して、行政行為の性質を導いたのである。すなわち、「法令上の身分 (*status*)、一般的で非個人的な法的地位 (*situation juridique générale et impersonnelle*) の個人に対する適用条件である行為、ないしは、法令上の権限の行使条件である行為は、個人を非個人的な法的地位に置くこと、または、法令上の権限の行使を適式にすることを法的な目的とする意思の表明である」(*Les principes généraux du droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 44)。例えば、公務員の任命は個人を公務員という法的地位に置くことであるが、そこでの職務・権限・待遇は既に法令によって規定されており、任命行為が形成するものではない。

<sup>760</sup> L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 502 et suiv. この文献の出版は 1901 年であるが、この時点において、デュギーは遡及立法が原則として許されないと説くとともに (本文後述)、古典的な既得権論を批判して (前述)、遡及効の判別についても自身の学説が有用であることを主張した (後述)。その後、デュギーは法律不遡及について論文を公表している (« La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *RD publ.* 1910 pp. 764-776)。これは、『憲法概説』(*Traité de droit constitutionnel*) の第 1 版が 1911 年に出版されるに先立ち、その中の記述の一部を抜粋して論文の形で掲載したものであることが、論文冒頭に記されている。

<sup>761</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>762</sup> *Ibid.*, p. 516.

<sup>763</sup> *Ibid.*, p. 539.

de droit)を確認するのでなければ、我々を拘束することができない」<sup>(764)</sup>とされる。

そして、法律のこうした本質からすると、デュギーにとって、遡及立法はもはや法律ではないと解されることになる。遡及立法には一般規範性が欠けるからである。ここでは、一般的規範と個別的行為の対比が重要となる。「ある規定(disposition)が一般的かつ抽象的な規範であると認められるのは、事実上は唯一の事例や一人だけにしか適用されないとしても、予め定められた場合への適用によって規定が使命を終えることなく、その適用後も存続する場合においてである。法行為が個別的な意思行為であるのは、意図された案件において実現されると消滅してしまい、存在理由がもはや無いからである」<sup>(765)</sup>。そして、「個別的決定は、どの機関から下されるとしても、法律の中で示された一般的規範の適用なのでなければ効力がない」<sup>(766)</sup>。したがって、法律の形をとっているとしても、議会による個別的決定は実質的には法律ではない。ただ、行政行為あるいは裁判行為として、法律の範囲内でのみ適法になし得る、ということになる(一例として予算議決が取り上げられて詳細に検討されており、これは行政行為であると解された)。

ここでは、遡及立法が直接に論じられたわけではない。デュギーが問題視したのは、議会が、「特定の条項について、かつ、一度のみであったり名指しされた人について、実質的意味の法律で確認された一般的規範を修正する決定」<sup>(767)</sup>を行う場合である。戒厳令(état de siège)であれば法律に根拠がある行政行為として、また、大赦(amnistie)であれば憲法に根拠がある裁判行為として、議会は適法になし得る。だが、ドレフュス事件に関する刑事訴訟を消滅させようとする政府案を承認した1900年6月2日の元老院の議決はどうであろうか。これにより、議会は、特定の者をもはや訴追されないこととし、公訴を消滅させる決定、旧体制下でのいわゆる赦免(abolition)をなした。だが、このように特定の案件において特定の者に現行法の適用を免れさせる個別的決定は、憲法にも法律にも根拠がなく、したがって、デュギーは、こうしたことを違法であると解したのである。

また、関連して、それまで刑事訴訟の再審は破毀院刑事部で審理されることとされていたところ、ドレフュス事件に関して制定された1899年3月1日の法律が再審に関する判決の権限を破毀院大法廷(toutes chambres réunies)に付与したことも取り上げられている。特別の事情が生じたために議会が一般的規範を個別的に修正したとしても、そこで念頭に置かれていた案件だけでなく後に生じうる類似の場合にも適用されるようになっていれば、デュギーとしても、一般的規定であって実質的意味の法律であることは認める。これは、特例法律(loi d'espèce)とか臨時措置法律(loi de circonstance)といわれる。ただ、問題がないわけではない。すなわち、「この場合に生じる唯一の問題は不遡及の問題である」<sup>(768)</sup>。1899年について言えば、ドレフュス事件に関して法律公布前に係属していた事件に対して同法を適

<sup>764</sup> Ibid., p. 505.

<sup>765</sup> Ibid., p. 503.

<sup>766</sup> Ibid., p. 521.

<sup>767</sup> Ibid., p. 531.

<sup>768</sup> Ibid., p. 537.

用することで当初とは異なる裁判所に管轄を移すことが可能なのだが、遡及効との関連で問われ得るはずなのであった。

デュギーは、遡及立法を含めて、議会による個別的決定は実質的意味での法律ではなく、しかも、法的根拠がない場合には、既存の法律を部分的に修正するものであって「無効な決定、法に反する専制的な行為」と解した。確かに、法律は全てを予め想定することはできず、それを適用しない方が大多数の利益になるということが起こり得るかもしれない。その場合、政府には、法律を特定の案件では適用しない、あるいは修正するといった権限はない。だが、デュギーによれば、そうした事情を考慮しても、議会に例外を認めるべきではない。むしろ、かかる考慮は、「あらゆる専制の口実であった。既存の法律は、あらゆる機関に対して越えられない限界でなければならない。これが、国家の専制に対する個人の本質的な保障である」<sup>(769)</sup>。同様の見解は、後に、遡及立法全般を念頭に置きつつ、次のように述べられた。

「刑法以外の法律について、立法者は、確かに、法律が遡及効を持つとしても明文の憲法規範に違反することはない。だが、そうすることで、立法者は必ず法 (*droit*) を侵してしまう。法に反する法律 (*une loi contraire au droit*) を制定することになるが、理論的には、法に反する法律が全てそうであるように、効力のない法律である。」<sup>(770)</sup>

## 2. 法規範の確認としての法律

20 世紀初頭に研究を始めてデュギーから大きく影響を受けた一人に、ポール・デュエズがいる。1914 年に提出されたそのテーゼでは、法律の不遡及原則を、法的安定性ととともに法律の本質論によって根拠づけていた。

デュギーが、法律は客観法規範の確認であって、さらに後者は社会連帯に基礎づけられると解したことは既述のとおりである。デュエズも、「立法者は、法規範によって、特定の時点において存在する法観念を表現する」と解した。そして、こうした観点から、法観念が変化したとしても、その表現たる法律に遡及効を与えることは許されないとの帰結が次のように導かれた。

「新たな〔法観念の〕表現が求められたのであれば、以前の法は変わっているということである。そうである以上、立法者が新法を遡及させるとしても、過去について法を正確に表しているのではなく、したがって、法的効力はない。」<sup>(771)</sup>

遡及立法は、その遡及効に関しては過去の法観念を表していない点で不当なのである。

<sup>769</sup> *Ibid.*, pp. 532-533.

<sup>770</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *op. cit.*, p. 230.

<sup>771</sup> P. DUEZ, *op. cit.*, p. 143.

仮に正確に表現されている場合、すなわち、過去の法律がそもそも法に反していた場合、デュエズにおいても、遡及立法は許容されるようである。だが、そうではなく、現在の法観念を過去に押し付けようとしているのであれば、それは「過去について法を正確に表して〔いない〕」。したがって、遡及立法によって当該過去には法に適っていない法律が存在していたことになってしまうのである。

もっとも、法律と法観念との共時的対応関係のみに着目していたわけではない。デュエズは、法観念の背後には一定の社会状況があること、つまり、観念は事実に基づいていることも考慮して、不遡及原則を導いている。

「ある法状況（état de droit）が一定の法律によって表現されて存在している場合、それは特定の社会状況（état social）に応じたものである。これは実定的・現実的な事実であり、あらゆる事実と同じく、擬制によるものでなければ存在しなかったと見なすことはできない。なし得ることは、特定の社会状況を、したがって、そこから生じる法および法規範を将来に向かって変えることである。過去に社会状況が存在していたこと、したがって、対応する法的表現が存在していたことは、妨げられない。こうした過去に、現在の立法権は及び得ないであろう。」<sup>(772)</sup>

このように、デュエズによれば、遡及立法は不可能である。遡及立法は、根本的には過去の事実を否定してしまうものであって、そもそも不可能なのである。「新たな法規範の過去への拡張を妨げるものは、過去の法規範なのではなく、法の問題そのものである」。

### 3. 憲法原則としての法律不遡及

法律一般を対象にして不遡及原則を説いた論者にあっても、例えば上述のデュエズのように、民法典 2 条が立法者に対して適用されないことを克服しようとはしておらず、それは当然の前提であった<sup>(773)</sup>。

カレ・ドゥ・マルベールも、違法な行政立法の法律による追認（ratification）を論じる文脈においてではあるが、不遡及原則が憲法には規定されていないことを確認している。そして、民法典 2 条に規定された原則であり、立法者は法律を自ら破ることができることから、「議会は、遡及効ある規範を制定することができる」<sup>(774)</sup>と述べていた。

これとは非常に対照的なのが、モーリス・オーリウである。不遡及原則は「個人的自由を守るものであって、憲法上のものと見なすに値する原則」ことを端的に認めているからである。民法典 2 条の不遡及原則は立法者を拘束するものではないというのが破毀院判例であるが、この点は、「その時代には、憲法原則という概念が導かれてはいなかった」と説明される。しかし、オーリウによれば、1925 年 12 月 4 日の法律が同年の 1 月 1 日から増

<sup>772</sup> Ibid., pp. 143-143.

<sup>773</sup> Ibid., p. 144.

<sup>774</sup> Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Sirey, 1920, p. 686.

税した際における「納税者公衆を揺り動かした衝動は、……〔不遡及原則の〕觀念が人々の意識の中にあることを示した」<sup>(775)</sup>、というのである。

デュギーもまた、前述のとおり、不遡及原則を憲法原則とまでは主張していないものの、遡及立法は法律ではあるが無効であると説いていた。もちろん、デュギー自身が認めているように当時のフランスに違憲立法審査制度はなかったが、それでも理論上は無効であると説くことに意義を見出していた。実際にも、立法例を幾つか挙げて、法的には無効であるべきと解していた。

#### 4. 小括

以上のとおり、公法学者は、民法典 2 条のような規定がない公法も含めて、法律一般につきその時間的効力が過去へと及ぶことは許されないと説いた。その一方で、既得権論は強く批判された。残る問題は、遡及効の概念がどのように解されたかである。

### 第三項 不遡及原則と« Situation juridique »

#### 1. デュギー

「不遡及法理の正確な射程と帰結について、論争が長きにわたって巻き起こってきた。その適用が非常に難しい幾つかの問題を生じさせることに疑いはない。だが、この問題は、理解できない誤った概念を持ち込むことによって、気まぐれであるかのように増幅させられてきた。既得権と既得ではない権利との区別である」<sup>(776)</sup>。このように既得権の概念を強く批判したデュギーであるが、批判すること自体が目的であったわけではない。そこには、不遡及原則の適用においても自身の学説が有用であるとの主張が伴っていたのである。

レオン・デュギーは、『憲法概説』において「国家の機能」を論じる中で、立法について取り上げるに際して「法律の時間的適用」の項目 (§ 21) を置いた。これに関しては、まず、法律不遡及という原則が認められるが、法律を過去に適用できないことの意味を明確にする必要があると指摘する。つまり、遡及効の有無をめぐる問題である。そして、この問題は、デュギーの学説に拠るのであれば殆ど解消される、と考えられた。

「〔法律を過去に適用できないことの意味の明確化にあたっては、〕重大な問題が生じないではないが、しかしながら、法律上あるいは客観的な地位と主観的な法的地位との基本的区別を理解しているのであれば、かつ、いわゆる既得権という受け入れがたい概念を斥けるのであれば、問題の多くは生じないであろう。」<sup>(777)</sup>

<sup>775</sup> Maurice HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929, p. 289.

<sup>776</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *op. cit.*, p. 231.

<sup>777</sup> L. DUGUIT, *op. cit.*, pp. 228-229.

このように、既得権の概念の批判には、客観的な法的地位と主観的な法的地位とを区別すべきであるとの主張が伴っていた。新法によって影響を受けるのが何れであるかに応じて、デュギーは、遡及効の有無を判別すべきであるし、容易に判別が可能になると考えたのである。ただ、古典的な既得権論と比べると、デュギー説は不遡及原則の射程を狭める結果となったことは否めないが、これについては後に触れる。

デュギーの考察は、法律が行為を対象とするか地位 (situation) を対象とするかによって分かれる。前者については、殆ど問題は生じないとされる。法律が行為を対象とする場合には、「時が行為を支配す (*Tempus regit actum*)」の原則により、簡単に結論を導き出せるからである。すなわち、「行為は、法的であってもそうでなくても何れにしても、常に、合理的にみて、それがなされた時に有効な法律によって規律され、そして、その後において法律がどんなに改正されようとも、当時の法律によって規律され続ける」<sup>(778)</sup>。したがって、例えば、犯罪の処罰、遺言 (個人による一方的行為の例として)、利率 (個人による契約の例として) について、既に犯罪行為がなされ、遺言がなされ、契約が締結されていたならば新法は適用されないと解されるのである。

次に、デュギーが項目を独立させて精力的に論じたのは、「法的地位 (*situations juridiques*) に関する法律」 (§ 21a) の不遡及についてである。

主観的権利の存在を否認するデュギーにおいては、個人の法との結びつきが、「法的地位」として把握される。そして、これについても、主観的と客観的の区別がなされる。ここで簡単にまとめるとすると、第一に、「客観的法的地位 (*situation juridique objective*)」<sup>(779)</sup> とは、法律から直接生じる地位である。例えば、選挙法によって定まる選挙資格がこれに該当するが、というのも、法律を適用することにより直ちに所定の要件を満たす者は選挙資格が認められるからである。また、法律を適用するために個別的な法行為が必要な場合であっても、公務員の地位や、私法でいえば婚姻による夫婦関係や認知による親子関係などのように内容があくまでも法律によって定まる地位については、客観的法的地位であると分類される。この場合、法行為は法律適用のための条件でしかないと理解され、そうした行為は、契約などの「主観的行為 (*acte subjectif*)」とは異なり、「条件行為 (*acte condition*)」であると性質づけられる。何れにしても、客観的法的地位は法律の適用そのものの結果なのであるから、いわば、それは法律それ自体と同視される。つまり、法律には全ての者を対象とする一般性、改廃されるまでは適用後も存続するという永続性があるのと同じように、客観的法的地位も一般的かつ永続的である。

なお、デュギーは、客観的な地位とは法律上の地位と呼ばれているもの<sup>(780)</sup>に対応する

<sup>778</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>779</sup> Cf. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1927, pp. 308-312.

<sup>780</sup> デュギーが参照を明示した文献ではないが、例えば、ルナールは、「民法では主観的権利が多くあり、行政法では法律上の地位が多くある」(後者は、官吏、納税者、住民の地位など)、そして、「行政法における個人の地位は、民法における程は安定的ではない」と述べていた (Georges RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, Sirey, 1922, pp. 65 et 64)。

ことから、「法律上あるいは客観的な法的地位 (situation juridique objective ou légale)」とも述べているが、正確には客観的な法的地位という名称を用いるべきであるとされる。特に、法律の適用から直接に生じる地位と、法律上の地位ではあるが法律の適用のためには条件行為が必要となる地位とは、性質上は同じものと分類されるが、法律上の地位と呼ぶことによる両者の混同を避けるべきであるからである。

これに対して、第二に、「主観的法的地位 (situation juridique subjective)」<sup>(781)</sup> とは、その内容が個人の意思表示によって定まる地位であり、この点で、条件行為に基づく客観的法的地位とは区別される。多くは契約から生じるものであるが、一方的行為や合同行為から生じる場合もあるため、契約上の地位と呼ぶことは正確ではない。主観的法的地位は、特定の個人のみが特定の個人に対して主張できるという意味で個別的であり、また、地位の内容が実現されたり訴訟などの法的手段を行使すると消滅してしまうという意味で一時的 (momentané) である。こうした点でも、客観的法的地位とは区別される。

そして、デュギーは、法的地位のこうした区別を機械的に応用することで、不遡及原則の適用が決まると説いたのである。

「新法は主観的法的地位を変更することはできない。もし変更するとすれば新法には遡及効があり、法律がそのように定めるならば高次の法に反することとなろう。新法の公布の時点で存在している客観的法的地位については、常に、新法によって変更されるのであり、この点について、遡及効はない。」<sup>(782)</sup>

新法の適用可能性についての相違は、法的地位の性質から導かれる。すなわち、主観的法的地位は、契約などの個別的な法行為から直接に生じるものであり、法行為と直接に結びついている。それ故に、新法の適用が否定される。その理由は、次のように述べられている。

「新法が既存の主観的法的地位を変更できるとすれば、その結果として、当該地位を生じさせた法行為、しかも行為の時点では法律に適合していた法行為に新法が及ぶことになってしまう。新法はそれ以前の個別的行為には及び得ないのであるから、したがって、主観的法的地位に及び得るものではない。もし及ぶとすれば、新法には遡及効があり、その結果として、高次の法原則に反することになる。」<sup>(783)</sup>

これに対して、客観的法的地位については、端的に、「法律の不遡及原則の適用領域の外にある」とされる。このことは、いわば法律そのものであるという当該地位の性質を考慮

<sup>781</sup> Cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, *op.cit.*, pp. 312-314.

<sup>782</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *op. cit.*, p. 238.

<sup>783</sup> *Ibid.*, p. 239.



することによって導かれた。

「客観的法的地位については、過去に生じたものであっても、法律はこれを変更することができる。というのも、そうした地位は、適用された法律そのものでしかなく、この点で、法律は全く遡及効を生じてはいないのである。」<sup>(784)</sup>

法律が常に改廃可能であるから、法律と性質上同視される客観的法的地位もまた、常に変更可能とされるのである。このことは、公務員の地位のように、条件行為に基づく場合であっても変わりはない。デュギーによれば条件行為は法律適用のための条件たる行為ではないため、この場合でも、法的地位はあくまで法律から生じたものと解されるからである。したがって、「既遂の行為が新法の影響を受けることはなく、専ら、そこから生じた法的地位のみが影響を受けるのである」<sup>(785)</sup>。

例えば、選挙資格・被選挙資格は法律上の地位であるため、新法公布より前からそれを有していた者に対してであっても新法が適用され得る。資格が変更・廃止させられるとしても、そこに遡及効はない<sup>(786)</sup>。また、官吏の地位についても、「任命行為は当該地位を生じさせる原因ではなく、特定の個人に対する法律適用の条件ではない」ため、客観的な法的地位である。そのため、公務員の権限はもちろん、身分・給与・退職年金制度も新法によって変更され得るのであって、そうした新法はそれ以前に任命されていた官吏に対しても適用される<sup>(787)</sup>。

コンセイユ・デタ判例では給与等に対して公務員に既得権が認められることがあったが、では、デュギーがそうした結論まで否定したのかということ、そうではない。確かに、デュギーによれば、給与が支払われるのは公務員が提供した役務のためではなく、それへの対価でもなく、「遂行される職務に見合っており、生活費を心配することなく公役務の正常な機能を確保できるようにする物質的・精神的状況」を与えるためである。給与関連の法律も、公役務の仕組みを構築する法律の一部であり、その意味で法律上の地位を生じさせるに過ぎないのである。したがって、新法の適用を拒めることはできない。しかし、給与の客観性を強調するデュギーにおいても、ある時点で、公務員が給与につき債権者になることは認められているのである。

「給与については、実際に職務を遂行した時間に対応する分について、官吏は債権者になると考えられる。債権は、法律にしたがい給与の一部分につき債権者になろうとする官吏の意思行為から生じる。そして、官吏が職務を遂行することによって、そうした意思は生じる。」<sup>(788)</sup>

<sup>784</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, *op. cit.*, p. 315.

<sup>785</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *op. cit.*, p. 240.

<sup>786</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>787</sup> *Ibid.*, pp. 250-251.

<sup>788</sup> Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. III, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1930, p. 107.

こうした場合に限り、公務員には主観的法的地位が認められ、したがって、新法による影響を免れることになる」と説明されたのであった。

## 2. ジェーズ

ガストン・ジェーズは、基本的にはデュギーの学説に依拠しつつも、ただしコンセイユ・デタの判例実証主義的に不遡及原則の適用について論じている。ジェーズにとっても、やはりデュギーと同じく、法律の時間的効力に関して古典的な既得権論に依拠することの問題性が意識されていた。すなわち、「しばしば、恣意的な考察によって新法が過去に遡っているという印象が与えられているものの、現実には新法は将来を規律していることに注意すべきである。こうした場合においてこそ、法的地位の慎重な分析が求められ、新法の対象となっているのが一般的地位か個別的地位なのか、といった法的地位の性質を熟慮することで明確化しなければならない」<sup>(789)</sup>。なお、ジェーズの法的地位論は、細部に関してはデュギーと異なっている。

ジェーズにおいて、法的地位とは「法的な権限あるいは義務」であり、法的地位をそれ自体において考察すべきとされる。ただ、一つの法的地位があるのではなく、複数の権限あるいは義務を有することに応じて複数の法的地位が形成される。そして、それらは、主に「一般的・非個人的・客観的な法的地位 (situation juridique générale, impersonnelle, objective)」と「個人的・主観的な法的地位 (situation juridique individuelle, subjective)」とに分類される<sup>(790)</sup>。

まず、「一般的・非個人的・客観的な法的地位」(あるいは、これを形成する法的権限)は、選挙権や官吏の権限などのように、立法行為(法律・行政立法)によって形成される地位である。その性質としては、第一に、「同じ事実状況にある個人すべてにとって同一」である。第二に、「永続的」であり、「当該権限の行使は権限を消滅させるものではない」。第三に、「法律や行政立法によって本質的に変更され得る」。第四に、「一般的、絶対的な放棄の対象にはならない」<sup>(791)</sup>。

次に、「個人的・主観的な法的地位」は、意思表示の結果として生じる地位である。例えば、罰金刑の有罪判決、直接税の納税者名簿などのように一方的な意思表示によるものと、売買、贈与、貸借などのように双方向的な意思表示すなわち契約によるものがある。ただし、これらの法行為であっても、法律上の権限の存在を前提とする。そして、個人的・主観的な法的地位には、それぞれ逆の性質がある。第一に、法的権限・義務の内容が特定個人に固有であるという意味で、「個人的」である。例えば、特定の者に、特定内容の債権や租税債務があるといった意味である。第二に、権限・義務を行使することによって当該権限・義務が消滅するという意味で、「一時的」である。第三に、「法律および行政立法によ

<sup>789</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, *op. cit.*, pp. 117-118.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>791</sup> *Ibid.*, pp. 13-18 et 23.

って変更することはできない」。第四に、「放棄可能である」<sup>(792)</sup>。

なお、官吏の法的地位は法律上のもので客観的であるとされるが、そうした地位を付与・剥奪する行為、すなわち、官吏の任命・罷免などは、条件行為 (acte-condition) として別個に分類される。「法令上の身分 (status)、一般的・非個人的な法的地位を個人に対して適用する条件である行為、法令上の権限を行使する条件である行為は、個人を非個人的な法的地位に置いたり、法令上の権限の行使を適式にすることを法的な目的とする意思表示である」。例えば、公務員の法的地位は法令によって定められており、条件行為によって形成される法的地位は「既に存在している」ため、それは一般的・非個人的な法的地位であるとされる<sup>(793)</sup>。あるいは、許可は、「活動禁止の非個人的な法制度を個人が免れ、活動自由の非個人的な法制度の下に位置づくための条件」である。許可を得た者は、禁止が解除されるに過ぎず、「まるで禁止がなかったかのように、一般的・非個人的な活動の自由を有するのである」<sup>(794)</sup>。

以上を前提として、ジェーズは、法的地位はどのようにして変更され得るのか、どの程度まで変更され得るのかについて詳細に検討を行ったことが注目される。もっとも、実は、法的地位の性質論において既に結論が出ており、検討の大半は法令・判例の整理・総合による自説の検証となっている。しかも、実際には政策的配慮の性格が強い分野であるにもかかわらず、あるいは、そうであるからこそ、ジェーズは、法的地位を変更することが法技術的に可能か否かのみを考察対象を限定した。そのため、例えば法令は新たな法令によって改廃され得るとして、その場合に、ある事実や行為に対してそれ以後は新法が適用されるのか、なおも旧法が適用されるのかという問題を、意図的に取り上げなかった。ジェーズによれば、「この点については立法者の意思を解釈すべきである。これは法学の問題ではなく、法文の註釈 (commentaire) の問題である」<sup>(795)</sup>、とされたのである。

では、法技術的観点から、ジェーズはどのような原則を導きだしたのであろうか。まず、法令によって生じる一般的法的地位については、その性質論からも明らかなように、将来に向かって常に変更することができる<sup>(796)</sup>。ジェーズにおいて、この点は単純な形のままに徹底されている。

例えば、所有権それ自体は一般的法的地位であって、その法制度の変更は直ちに既存の所有権者にも適用される。そのため、衛生警察立法による住宅所有権の制度を変更して、一定の衛生要件が課された場合について考えると、こうした法改正は、不衛生な住宅の建築を禁止するだけでなく、将来的にであれば直ちに既存の住宅に対しても適用され、不衛生なままに住宅を維持できなくなる。ジェーズによれば、「必要な衛生化工事を行わない限り、以後、個人は所有権を違法に行使している。建築したためではなく、建築物を改築し

<sup>792</sup> *Ibid.*, pp. 19-24 et 38-39.

<sup>793</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

<sup>794</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>795</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>796</sup> *Ibid.*, p. 111.

なかったことにより、法律上の制裁を受けることになるのである」<sup>(797)</sup>。また、一定の分類施設に対して許可制が設けられたとすると、そうした新法は既存の施設に対しても直ちに適用されることになる。実際の法律では既存の施設はなおも許可なく稼働し続けられることが明文で認められたのであるが(1810年10月15日の法律11条)、それでも、ジェーズは、「もし11条がなければ、稼働中の施設といえども許可を申請しなけりばならなかつたことであろう」<sup>(798)</sup>と解したのであつた。

また、一般的法的地位が条件行為によって付与された場合であっても、結論は変わらない。既に分類施設の開設について許可を得た上で稼働していたとしても、許可が撤回された場合、将来的に施設の稼働は違法となる。ジェーズによれば、「許可を取消す意思表示は、許可によって適用されていた法律上の身分を個人から奪おうとする行為である」。それは、「法律や行政立法によって定められた職員、要件、手続に従つてなされなければならない」。そして、条件行為の取消(撤回)の法効果は将来に向かつてしか生じ得ないが、それがなされた以上、「個人には、将来的に、自由に活動する身分が与えられなくなる」<sup>(799)</sup>。

しかし、次に、一般的法的地位であっても過去においては原則として変更されることはない。このことは、次のように述べられている。

「法律や行政立法の廃止によつても、法的には、それが有効であつた間にそれに基づき生じた効果を過去において消滅させるということにはならない。法律や行政立法は、一般的な法的地位、一般的な権限を形成したのである。そうした法的権限に基づき行われたことは、適式である(régulier)。後になつて、立法者が、法的に、そうした法的権限は適式に行使されなかつたとすることはできず、また、そうした法的権限の行使としてなされた行為によつて生じた法効果が生じ得なかつたものとすることはできない。」<sup>(800)</sup>

これに対して、個人的法的地位は、将来に向かつて容易には変更できないが、過去においては原則として「不可侵(intangible)」であるとされる。ジェーズの主たる関心は、個人的法的地位(あるいは、これを生じさせた法行為)が法律によつて変更され得るのか否かであつた。そして、この点、「議會そのものは、将来的に過去においても個人的地位を変更する権限を有していない」と解された。これは、かなり形式論理的な議論となつている。個人的法的地位は一定の法行為によつて形成され、その内容は当該法行為によつて専ら定まる。法行為が法律によつて変更や取消されることはないので、結局、個人的法的地位が法律によつて変更されることはあり得ない、と歸結されたのである<sup>(801)</sup>。

ただ、ジェーズの指摘で注目されるのは、「あらゆる個人的法的地位は一般的法的地位に

<sup>797</sup> Ibid., p. 130.

<sup>798</sup> G. JÈZE, note sous CE, 4 mars 1904, *Société fils A. Deutsch*, op. cit., p. 275.

<sup>799</sup> G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, op. cit., pp. 214-217.

<sup>800</sup> Ibid., p. 117.

<sup>801</sup> Ibid., pp. 178-181.

よって補完されている」<sup>(802)</sup>ということである。一人に複数の法的地位が成立し得ることは既述のとおりであるが、その性質についても複合的であり得るのである。例えば、売買契約により、買主には代金の支払い義務（個人的法的地位）が生じるとともに、所有者という法律上の身分（一般的法的地位）が適用されることになる<sup>(803)</sup>。そして勿論、後者は法律によって常に変更可能であるとされる。

ジェーズによれば、こうした観点によって、1848年にフランスで奴隷制を廃止した法律には既存の奴隷所有者との関係においても遡及効は見出されないことの説明ができるようになる。従来、こうした法律が不遡及原則に反していると説いた論者はおらず、以前からの特権が全て廃止されることに異論はなく、封建諸特権や奴隷の設定が将来的にのみ廃止されると主張されたこともない。だが、その時間的効力の捉え方については既得権論者においては見解が一致していなかった。つまり、公的秩序に関する法律となると、その遡及効の有無について異なる理解が示されてきたのである。

錯綜の発端ともいうべきは、古典的な既得権論を成立させたメルランが、封建制・奴隷制を廃止する法律には遡及効がないと説いていたことである。すなわち、「自然的で恒久的で不可侵の法典の中に書かれた法律を蘇らせることにより、新法が、その全能によって、自然が眠っている間に人間の最も神聖な権利を侵害した行為を消滅させる場合、それは実際には遡及的ではない」<sup>(804)</sup>。その一方で、道徳や公序・公共善のように全ての時代に存在していたはずの諸原理に関する法律については普遍的な原理を確認するだけであるから、時間的効力（特に遡及効）の限界はあり得ないとの立場をとる論者にも、封建制・奴隷制を廃止する法律については遡及効があると解する者もいた。その場合には、遡及立法ではあるが、公共の利益を理由にして遡及効は正当化された<sup>(805)</sup>。同じように遡及効を見出すとしても、オブリーとローは、「一定の権利を完全に廃止する法律、あるいは、その法律上の性格や効果を変える法律は、その性質からして、発布前に取得された権利にも及ぶ」<sup>(806)</sup>と述べており、当然に遡及効があると解していた。

要するに、封建制・奴隷制を廃止する法律は、そこには遡及効がないと考える場合には不遡及原則と無関係であるされた一方で、遡及効を認める論者であっても、不遡及原則の例外として正当化できると説いたり、そもそも不遡及原則の射程外であると解するのであった。こうした不一致は、各論者における着眼点の相違に基づいていたと思われる。というのも、法律の性質、その目的、その規律対象となる権利等の性質・発生原因などが考慮されていたが、論者により、重視する要素やその評価の仕方が異なっていたのである。

これに対して、ジェーズの法的地位論によるならば、まず、廃止以前の奴隷契約に基づ

<sup>802</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>804</sup> MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., T. V, Garnery, 1828, pp. 534.

<sup>805</sup> Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil*, T. I, Nève et Videcoq, 1832, p. 174.

<sup>806</sup> Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *op. cit.*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., p. 79. この見解には、サヴィニーの所説（権利の存在に関する法律の時間的効力）が影響していることと思われる。

く債権・債務は個人的法的地位をなしており、法律はこれを変更することも消滅させることもできない。そのため、廃止後も、奴隷売買の代金の債権・債務はなおも有効に残り続ける。また、買主へ移転した奴隷所有権という一般的法的地位についても、法律はそうした効果が生じなかったものと過去を変更することはできず、そのため、廃止後も、買主は奴隷所有者であったことに変わりはない。「だが、この法的地位は法律上の身分である。一般的・非個人的な法的地位なのであり、したがって、本質的に法律によって常に変更され得るものである」。つまり、法律により、将来的に奴隷所有者の権限を縮減することは可能なのである<sup>(807)</sup>。奴隷制を廃止した法律はこのような意味で廃止したのであり、したがって、あくまで法技術的観点からではあるが、遡及立法ではなかったとジェーズは説明したのである。

ジェーズは判例実証主義的立場をとっていたため、少なくとも客観的法的地位と新法との関係についての説示は、公法の時間的効力に関する当時の判例を整合的に説明していると評価できる。また、法技術的観点のみからの考察であったために、実際の立法のあり様には左右されずに新法が適用されるべき場合の原則を示していることからは一定の示唆が得られる。ただ、その議論は新法の時間的適用範囲に限定されており、旧法がその下で生じた事実に対して新法後も有すべき効力の時間的射程については政策的問題として意図的に考察の対象外とされた。そのため、時間的効力の全体を論じてはいないことに留意すべきであろう。

#### 第四項 オーリウにおける既得権の概念

##### 1. 行政上の法的地位と取得された権利

デュギー等とは異なり、オーリウは、19世紀末の時点で、行政行為（オーリウにおいては執行決定であり、ここには行政立法を含む）の効果<sup>(808)</sup>を論じる文脈において、「行政立法が制定されたとしても、それは常に異なる行政立法によって置き換わり得るのであり、利害関係者は法律の不遡及原則を援用することはできない」と説いた。そして、その際には、既得権の概念にも言及していた。オーリウにとって、「公権力の行為の類型に属し、したがって公権力の現実的表明をとまうような行政の行為には、法的観点からは、取消不可能な法

<sup>807</sup> *Ibid.*, pp. 193-194.

<sup>808</sup> これについては、参照、磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、1990年）225頁以下、特に412-422頁「執行決定と客観法の世界」。

オーリウにおいて、執行決定（*décision exécutoire*）とは、「執行的形式において法効果を生じさせるために行政機関によってなされた全ての決定」である（Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 1907, p. 414）。実際には、行政機関の種別に応じてアレテやデクレといった形式でなされるものである。内容的には、個別的措置を命ずるものだけでなく、条文の形式によって一般的な射程を有するもの（行政立法に相当するもの）も含まれる。この点、オーリウは、「行政立法（*règlement*）が行政の意思表示であることの証拠は、それが行政法上は執行決定として扱われ、越権訴訟に服し、特別執行命令であっても、訴訟によって取消され得るということである」と述べている（*Précis de droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd., Sirey, 1927, p. 457）。

的地位 (situation juridique irrévocable) をそれ自体によって形成するものでは決してない、という特質がある」と解されるのだが、「公権力の行為のこうした法効果については、当該行為は既得権 (droits acquis) を与えるものではない、と述べることで表そうとされるかもしれない」ことを見込んで、あえて既得権に言及したのである。

このように問題を引き受けたオーリウにおいて注目されるのは、既得権の概念を単純に斥けるはしなかったことである。不遡及原則に関する問題にも目配りをしつつ、より広く、私人と行政の結びつきの法的構成の問題に正面から、そして極めて独特な仕方で行き届いたオーリウであるが、その際、既得権の概念には批判的でありつつも、それを直ちに斥けなかった。ここには、コンセイユ・デタ判例との整合性を意識したことや、客観法的構成と主観法的構成の二元論者であったことが関係していると思われる。ただ、その叙述からは、公法学において既得権を位置づけることに相当に苦慮した形跡が窺われる。

まず、オーリウにおいても行政立法は常に改廃され得るものであり、それに基づき認められた権利・能力も改廃にともない失われ得ると解された。だが、それでも、当時においては既得権の存在を否定できない事情があった。1897年に公刊された『行政法精義』第3版の次のような説示からは、このことが窺われる。

「『既得権』が『取消し得ない権利 (droits irrévocables)』の意味で専ら用いられているならば、〔既得権を与えるものではないという〕上記定式は正確である。しかし、そうではなく、行政法においては、既得であるにもかかわらず取消されうる権利が存在している。行政立法によって認められた権能や利益は、まさにそうしたものである。行政立法が存在する限り、それに反する個別的行政決定は行政立法および既得権の侵犯を理由として越権訴訟によって攻撃され得るという意味で、そうした利益は既得権をなしている。したがって、次のような一つの命題だけにすることがよい。すなわち、公権力の行為はそれ自体によって『取消し得ない』権利を与えるものではない。」<sup>(809)</sup>

この説示は、行政訴訟（いわゆる越権訴訟）の訴訟要件を念頭に置いたものである。というのも、当時、権限・手続の瑕疵あるいは権力濫用を理由とする取消請求とは異なり、法律違反を理由にして行政行為の取消を請求する場合に限って、既得権の侵害がなければならぬというのが判例であった。この判例は20世紀初頭に放棄されることになるが、それ以前において、コンセイユ・デタ判例との整合性を意識したオーリウは、概念を維持しつつ議論を展開したのである。行政行為（ここには行政立法も含まれる）によって不可侵の権利が生じるわけではないとしても、既得権が認められることはあり得るということである。

この後、1901年の『行政法精義』第4版になると、「権力行為によって形成された法的地位は『客観的』である」という説示が見られるようになる。そして、行政上の法的地位の客観性を理由にして、不可侵の権利は発生しないとの説明がなされた。すなわち、「私人に対して直接に利益が与えられるとしても、〔法的〕地位は行政あるいは法律適用を理由とし

<sup>809</sup> 本文上記の引用も含めて、Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., L. Larose, 1897, p. 280.

て生じるに過ぎず、当該利益が受益者 (concessionnaire) の権利<sup>(810)</sup> になることはない。〔中略〕また同様に、官吏の任命は、原則として当該職の保持に対する権利を与えるものではない<sup>(811)</sup>。

さらに、こうした説示の前提には、「権力的手段によってなされた執行的決定は、純粹に紀律上の地位 (situations purement disciplinaires) の形成をもたらす」というオーリウの行政法秩序観がある。それ故に、「そうした地位は、それを享受する私人に対して既得権を付与せず (法令規定がそうした力を明文によって与えているのでない限り)、また、そうした地位によって不利益を受けた私人が既得権の名の下で当該地位を攻撃することもできない。そうした地位との関係において、私人は単なる紀律に服従する者 (simple sujet de la discipline) なのであり、第三者 (tiers) でも当事者 (partie) でもなく、自身の権利ではなく利益を主張することができるのである」<sup>(812)</sup>。ここで、既得権を付与することのない紀律上の地位というのは、オーリウにおける主観法と客観法の重層構造<sup>(813)</sup> が関係している (この点は、直ぐ後に触れる)。

もっとも、先の引用のとおり、「既得であるにもかかわらず取消されうる権利が存在している」のであるから、逆にいえば、行政上の法的地位から直接に不可侵の権利が生じることはないとしても、そうした地位との関係において既得権が生じることはあり得る。例えば、公務員の給与に関して、オーリウは、「給与に対する不確定権利と既得権とを区別する必要がある」と述べていた。前者は法令によって定められており、資格と職務とに関連づけられている。だが、「役務が行われた後には、職との関係での官吏の地位が予め適法に定められている場合に限り、給与に対する既得権が現実に生じる」<sup>(814)</sup>。

既得権が認められるのは、越権訴訟の訴訟要件としての既得権に関する説明に際してのオーリウの整理によれば、法律や行政立法の規定によって個人的権利が認められている場合、法律によって私人のために行為することが義務づけられている場合、行政行為であっても管理行為や普通法上の契約の基礎となった場合である<sup>(815)</sup>。公務員の給与の例は、最後の場合に該当するであろう。ただし、それが認められるとしても、「権力的手段によって活動する公権力は、私人自身の既得権によって限界づけられてはならず、法律適合性および

<sup>810</sup> 後の版になると、「権利」ではなく「既得権 (droits acquis)」と表現されている。

<sup>811</sup> Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L. Larose, 1901, p. 287. この部分の記述は、殆ど同じままに以後も維持されている (参照、1907 年の第 6 版 421 頁、1911 年の第 7 版 425-426 頁)。

<sup>812</sup> M. HAURIU, *Précis...*, *op. cit.*, 6<sup>e</sup> éd., p. 413.

<sup>813</sup> 参照、磯部・前掲 343 頁以下「行政法における主観法と客観法」。

<sup>814</sup> M. HAURIU, *Précis...*, *op. cit.*, 4<sup>e</sup> éd., p. 599.

<sup>815</sup> M. HAURIU, *Précis...*, *op. cit.*, 6<sup>e</sup> éd., pp. 456-457. なお、越権訴訟の中での「法律および既得権侵害 (violation de la loi et des droits acquis)」の訴えにおいて、既得権侵害が訴訟要件であるのか、それとも実体的な勝訴要件であるのかについては、当時、必ずしも見解が一致してはいなかった。オーリウが既得権を訴訟要件であると説いたのは、越権訴訟を客観訴訟であると理解したことによる。つまり、「越権訴訟は法律適合性および良き行政の遵守を確保するための手段」なのであるから、主観的権利の行使によるものではない。そのため、既得権は、訴訟要件であって越権訴訟の範囲を限定するためのものということになる。また、他の越権訴訟では利益毀損によって訴訟提起が認められていることから、法律違反については既得権侵害が求められているとしても、権利がそれ自体として考慮されるのではなく、あくまで、「権利から生じた利益」が訴訟要件であると解された (*Ibid.*, pp. 454-455 et note 1)。



行政的紀律 (discipline administrative) にのみ限界がある」<sup>(816)</sup>。やはり、既得権と紀律上の地位とは次元が異なっている。

もっとも、以上のように説明しただけでは十分ではないであろう。行政上の法的地位は客観的である（したがって不可侵ではない）にもかかわらず、その一方で、訴訟要件としての既得権は行政立法からも生じ得るとされているし、公務員の給与に対する既得権が侵害されたとすれば損害を補填する必要が生じるであろう。この点、オーリウによれば、コンセイユ・デタが越権訴訟のために要求してきた既得権は、長い間、「不確定な権利 (droits éventuels)」を含めないという意味で厳格であった。だが、1903 年の判決以降、コンセイユ・デタの態度は変化する。例えば、公務員の将来的な昇進への権利であっても法律違反の訴えが認められたように、不確定な権利も既得権に含められるようになり、コンセイユ・デタ判例における既得権の概念の内実は拡散していくことになる。

こうした判例を踏まえて、1907 年の第 6 版になると、不確定権利と既得権との区別ではなく、オーリウは次のように解するようになる。

「したがって、ある意味では既得である不確定な権利 (droit éventuel qui est acquis en un certain sens) と、全く既得ではない潜在的な権利 (droit virtuel qui n'est pas acquis du tout) とを対比すべきである。」

(817)

## 2. 潜在的権利、不確定権利、既得権

潜在的権利と不確定権利あるいは既得権との対比は、訴訟要件との関連に留まらず、オーリウの権利論にとっては本質的な重要性を有していた。越権訴訟の説明とは別のところで、「個人的権利の享有は、人の身分 (état) および能力 (capacité) を形成し、国家の構成員であるあらゆる個人の法人格の基礎である」、そして、そうした個人的権利は「当然には既得権ではなく、何か潜在的なもの (quelque chose de virtuel) である」と述べており、潜在的であることに意味を見出したからである。さらに、この説示は次のように続けられている。

「実を言えば、〔個人的権利〕の中には、信仰の自由や移動の自由のように、それが実現するには人が存在するだけで十分なものがある。だが、人の存在のみに拠るのではなく、取得のための手段や政治的・経済的な事実を前提とするものもある。例えば、個人の所有権は、現に財産を何も持っていない個人にとっては潜在的でしかない。所有の対象となる何らかの物が何らかの相続あるいは取得によって個人のものとなることによってしか、取得された権利 (droits acquis) にはならない。こうした潜在的な力は、権利の行使とは区別された権利の享有の理論に適しており、権利の行使によ

<sup>816</sup> M. HAURIU, *ibid.*, p. 455, note 1.

<sup>817</sup> *Ibid.*, p. 458. ただし、1906 年の判決によってコンセイユ・デタは既得権を要求しなくなり、以後、法律違反の訴えであっても他の訴えと同じく「単なる利益 (simple intérêt)」で足りるとされた。1911 年の第 7 版では、このことが指摘されている (Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Sirey, 1911, p. 456)。そして、これ以後、本文引用のような権利の対比には言及されなくなった。

って一定の効果が生じるのである。つまり、ある意味では権利であるが、行使されることによってのみ取得される権利なのである。」<sup>(818)</sup>

オーリウがこのように個人的権利の潜在性（そして、その実例としての所有権の潜在性の一側面）を強調したのは、その性質を説くに際してであった。オーリウによれば、個人的権利は、個人の自由委ねられた能力であって全ての他者に対して対抗可能であるため、物権（*droits réels*）の性質を有する。そうした意味で、「ある種の所有権」なのであり、「所有権の形式は、個人的自由の当然の帰結であるように思われる」というのである。そして、「このことにより、そうした個人的権利は身分（*statut*）をなしている」<sup>(819)</sup>。権利の潜在性が個人的権利の性質と関連づけられていることは、次の一節からも明白である。

「個人的権利が純粋に身分（*statut*）であるのは、こうした潜在的状態においてであり、一度行使されて取得された権利になると、ある現実的かつ物的な力という具体的な内容を有する。」<sup>(820)</sup>

潜在的権利は、行使されることによって取得された権利になる。公務員の給与に対する不確定権利についても役務が遂行されることで「*droits acquis*」になると述べられていたように、オーリウにおいて、「*droits acquis*」（いわゆる既得権）とは、行使することによって「取得された権利」なのである。こうした理解はオーリウに独特というわけではないが、オーリウの説明では、このことが純化されていることが注目される。ただ、行政法関係においては、この「取得」という点についても、程度の区別があったように思われる。先に引用したように、潜在的権利と区別されるものとして、オーリウは「ある意味では取得された不確定な権利」を語っていた。公務員の例を再び挙げれば、既に任命された公務員が役務を遂行する以前において有する給与に対する権利や、将来的な昇進への権利が、これに該当する。では、これらの権利が「ある意味では取得された」ものであるということ、民事的性質の既得権ではないが「行政的性質の権利を取得することはあり得る」<sup>(821)</sup>ということは、何を意味しているのか。この点は、おそらく、不確定性と確定性とが区別されていたように思われる。1903年の論文においては、オーリウは次のように述べていたからである。

例えば任命された官吏は「受益的地位（*situation avantageuse*）」を享受する。「ここには利害関係者に対する既得権の形成は見出されないのだが、既得権にしか法的意味を認めないのが民法学者の傾向である。公法においては、より微妙な評価に慣れる必要がある。私人は、確定的に取得された権利（*droits acquis d'une façon définitive*）であるとは解されないが重要な受益的地位を行政に対して有

<sup>818</sup> M. HAURIU, *Précis...*, *op. cit.*, 6<sup>e</sup> éd., p. 317, note 1.

<sup>819</sup> *Ibid.*, pp. 316-317.

<sup>820</sup> *Ibid.*, p. 317, note 1. オーリウは、ここで選挙権を例示している。選挙人名簿に記載されるまで選挙権は *statut* でしかないが、記載されることで投票する権能となる。

<sup>821</sup> M. HAURIU, *Précis...*, *op. cit.*, 7<sup>e</sup> éd., p. 426.

している。こうした法的利益は反射的権利 (droits reflects) と呼ばれてきた (……)。これは、正当な利益と呼ぶのがよいであろう。」<sup>(822)</sup>

このように、行政法上において得られた「受益的地位」は、それによって「確定的に取得された権利」が生じることはなく、既述のとおり取消され得るものでもあるが、それでも、一定の重要性が認められるべきであると説かれていたのである。

同旨の説示は、既得権との対比という形ではなかったが、これ以前からも見られた。オーリウは、「形成された地位から利益を受ける私人がその維持に対して真正の権利を有しないとしても、しかし、瑕疵ある行為によって変更されないことについての正当な利益 (intérêt légitime) は有している。かかる正当な利益は、私人に対して、その地位を変更しようとする行為が越権であるとして争う資格を与えるのである」<sup>(823)</sup> と説いていた。そして、こうした理解の背後には、行政法上の法的地位が「制度的 (institutionnelle)」である<sup>(824)</sup> というオーリウの制度論があるのであった。

制度論については既に多くの研究があり、また、本研究はオーリウの制度論そのものを対象とはしない。ここでは、制度的地位あるいは制度内における紀律上の地位を、取得された権利が生じる場合とどのように異なるのかに着目して、具体例を取り上げるにとどめる。この点、オーリウは、公務員の地位について次のように説明をしている。

「制度の機関 (organes) は、制度内での『既成状態 (situations établies)』である一定の職 (fonction) を有する人として現れる。かかる既成状態は物 (choses) となっているが、一定の能動性 (activité) を備えた物であり、このことは何ら矛盾しない。こうした物、こうした職は、一面で占有することのできる受益的状态であり、他面では権限の総体である。例えば、大臣 (secret) はすべて、吏員 (agent) ではなく職に権限を結び付けるものである。すなわち、知事職の権限であって、知事の権限ではない。権限は人ではなく職に固有のものであることに鑑みると、24 時間後には人を替えて他の者を同じ職に置くこともできる。実際には、吏員は職の保持に対して一定の権利を有していることもあるが、しかし、当該権利は物に対する物権の性質を有しており、それは吏員の地位 (statut) をなしている。」<sup>(825)</sup>

以上を要するに、社会制度は必要に応じて職を創設する。これは能動的な物であって、個人は制度内の規約に基づき当該物たる職について物権を獲得する。そして、この物権が、「個人の積極的地位 (statut individuel positif)」を形成するとされる<sup>(826)</sup>。

<sup>822</sup> Maurice HAURIU, « La déclaration de volonté dans le droits administratif français », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 543 et suiv. (p. 551).

<sup>823</sup> M. HAURIU, *Précis...*, op. cit., 4<sup>e</sup> éd., p. 287-288. この説示は、以後も維持されている。

<sup>824</sup> M. HAURIU, *Précis...*, op. cit., 6<sup>e</sup> éd., p. 422.

<sup>825</sup> Maurice HAURIU, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1916, p. 169.

<sup>826</sup> *Ibid.*, pp. 171-172.

こうした理解は、制度内において実定法規範が拘束力を有するに至る動態を反映している。「既成状態の内部では、占有（appropriation）という法現象が生じ、その結果、一方では社会的価値のある物（choses）が、他方ではこの物に対して個人の法的権原と言いうる権利が作られる」<sup>(827)</sup>。この点についても、公務員を例にして次のように説明されている。

「もともと、〔公務員〕の権限は行政的・政治的権力の総体としか関係していなかった。現在の慣用語によるならば、権限は単に公権力の委任でして生じるだけであり、権限とそれを一時的に与えられている公務員との間には何の関係もない。〔中略〕しかし、定着した制度においては、こうした純粹に客観的な状態は長くは維持されない。公務員、すなわち、長いこと所定の権限の中に配置されている個人は、否応なしに、権限の行使によって生じる身分上の利益（*avantages de la situation*）を……自分のものにしたいと感じる。常に同じ機械に配属されていた機械工は、やがて、自分の機械だと言うようになる。こうした個人的な占有（appropriation）が、いつしか、権限の中に分割を生じさせ、権限は、物（choses）、すなわち、権限を与えられた個人との関係において、その職務に置かれる財産（biens）である客観的要素から構成され、そして、この物に対して、権限を与えられた個人は自身に固有の主観的権利を取得する。」<sup>(828)</sup>

ここでは、こうした具体例を示すことで、「既成状態（*situation établie*）はそれ自体に変化に対して抵抗する力を秘めている」ことが説かれた。すなわち、「規則制定（*réglementation*）や特許（*cessions*）によって行政機関が受益的地位を形成しないことは自由であるが、それを形成した場合には、公益を理由とするのでなければ変更や剥奪の自由はない」<sup>(829)</sup>。その限りで、既得権ではないとしても、オーリウは市民の地位・選挙人の地位・公務員の身分・機関の地位をこのように理解して、一定の保護を受けるものと説いたのである。

### 3. 取得された権利と法の重層構造

ところで、コンセイユ・デタが法律違反の訴えにつき既得権を必要とはしなくなった後も、オーリウは「取得された権利」という形で« *droits acquis* »の概念を維持した。例えば、公務員の給与に対する権利は、1911年においても以前と変わらず、「不確定な権利」ではなくなり「取得された権利」になり得ると述べられている<sup>(830)</sup>。また、行政行為が、「公管理の行為（*acte de gestion public*）や普通法上の契約（*contrat de droit commun*）の抛り所となっており、第三者に対して既得権を生じさせた場合」<sup>(831)</sup>があり得ることも想定されており、そうした

<sup>827</sup> *Ibid.*, p. 24, note.

<sup>828</sup> *Ibid.*

<sup>829</sup> *Ibid.*

<sup>830</sup> M. HAURIOU, *Précis.*, *op. cit.*, 7<sup>e</sup> éd., p. 647.

<sup>831</sup> M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, 6<sup>e</sup> éd., p. 457. なお、この部分の叙述は版毎に表現が若干変わっている。第4版では「既得権を生じさせた管理行為の抛り所となっている場合」（*op. cit.*, 4<sup>e</sup> éd., p. 286, note 3）、第7版では「管理（*gestion*）に関してなされており、そして、第三者に対して、*commerce juridique* の意味での既得権を直ちに形成した場合」（*op. cit.*, 7<sup>e</sup> éd., p. 426）、第11版では「執行行為や普通法上の契約の抛

場合には行政行為を取消することはできなくなるとされる。あるいは、以前から、公務員の権利に関連して、「官吏は公役務の遂行において行政の恒常的な協力者(collaborateur)であり、管理の地位にある(dans une situation de gestion)。既に、このことにより、給与に対する権利、年金受給権、職に基づき取得された権利を説明できる……」<sup>(832)</sup>と述べられていた。しかし他方で、行政行為によって形成された行政上の法的地位は、それ自体では客観的であって取消されうると解されてきた。

上述のとおり、オーリウにおいて、こうした相違は権利が確定的に取得されたか否かに基づいていたと思われる。確定性に注目すること自体は、19世紀の古典的な既得権論において既に見られた。これとは異なるオーリウの独自性は、行政上の法的地位と取得された権利とを根本的に次元の異なるものとして理解したことに求められる。それが、法の重層構造である。1927年(オーリウの手によるものとしては最終版の『行政法精義』第11版)では、簡潔に、次のように述べられていた。

「法規範には異なる二つの層(couches)がある。police juridiqueの層とfond du droitの層である。[中略]こうした区別は、fondの規範はpolice juridiqueの規範よりも静態的であり、後者の方が流動的であることを一般的に意味している。」<sup>(833)</sup>

流動的であるのは仮定的(provisoire)であるという性質に由来し、静態的であるのは既得的・確定的であるという性質に由来する。例えば行政行為が常に見直されうるのは、前者の仮定性によるとされる。そして、このように対比される性質を有する法の層が、重層的に存在しているというのである。こうした理解が初めて明確に示されたのは1911年の論文においてであり、後に、『公法原理』第二版(1916年)に補遺として収録・加筆された<sup>(834)</sup>。以下では、後者を参照しつつ、その内容を概観する。

まず、法の二つの層というのは、むしろ、「二つの法状態」であり、完成度に応じた法規範の二種別である<sup>(835)</sup>。この区別は、社会においては、目的は同じであるが効力の異なる法

---

り所となっており、第三者に対して既得権を生じさせた場合」(*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 425, note 1)と述べられている。

また、1919年の第9版では叙述が微妙に変わっており、「既得権」への言及はなく、その代わりに、行政行為が複合行為(actes complexes)の一部である場合には取消することができないと述べられている。例えば、県の公教育評議会が決定した小学校の設置を承認した大臣の決定を取消することはできない。というのも、オーリウによれば、ここでは2つの異なる機関が関与しており、一方の行為が他方の行為と直ちに結びつき合っていることから、一方のみを別個にやり直すことができないのである(Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Sirey, 1919, p. 468, note 2)。

<sup>832</sup> M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, 4<sup>e</sup> éd., p. 264.

<sup>833</sup> M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 460.

<sup>834</sup> M. HAURIOU, « De l'autorité juridique du pouvoir politique et deux couches du droit », in *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 799-812. この論文の紹介として、参照、磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』(有斐閣、1983年)393頁以下。

<sup>835</sup> *Ibid.*, pp. 810 et 811.

的手法が組み合わされて用いられているという認識に基づく。

すなわち、一方では、「政府の主権から目下生じている法」がある。それは、法システムの中でも「それほど完成していないもの」であり、「政治的主権に基づく法システム」である。これに対して、他方で、「既に一定期間を経て『確立 (établi)』されたために正義の準則へと近づいた法」がある。それは、法システムの中でも「より完成されたもの」であり、『『定着した (établie)』準則に基づくもの』である<sup>(836)</sup>。前者は「政治的権力の権威にのみ依拠している」ことから、なおも「仮定的状態」であるが、それが時間の経過によって『『確立した (établi)』状態』へと至るものと構想されている。ここでは時間経過そのものに意味があるのではなく、確立の有無は、「平和裡の持続および従属者 (sujet) の推定的同意という事実そのものに依拠している」<sup>(837)</sup>。

このように、オーリウにおいては時間の経過による法の進展が語られていた。この点、「実定法規範は定められれば全てが終わるのではなく、逆に、漸次的な使用によって強化されたり衰退することのあり得る一つの生涯が始まる」<sup>(838)</sup>と述べてもいる。こうした法の動態を二つの層によって理解したのである。

オーリウによる二つの法状態の構想は国際法学者や平和学者の議論からも着想を得たものであったようだが、かなり広い射程を有しており、法秩序が確立される時間的な過程を説明しようとするものとなっている。一方の層では、警察措置などによる紛争の暫定的解決が図られるという意味で、「物理的平和」の維持が目的とされる。この点、「物理的平和とは停戦状態のことであるが、これは、紛争の種となっている問題が正義に従って解決されることを必要とはしない。単に、何らかの理由により戦闘が停止しているだけである」。そして、これに基づきつつ、他方の層では、「法による平和」が目的とされる。「法による平和とは、紛争の根本的原因が正義にしたがって解決したことによる戦闘の停止である」<sup>(839)</sup>。前者は後者の前提であるが、徐々に、後者へと移っていくのである。

こうした議論を通じて、オーリウは、権力の原理 (principe d'autorité) を説明しようとした。例えば、行政行為が裁判判決を待たずに執行可能であるという特権についてであり、これは、行政行為が前者の法の層に属しており、そして暫定的解決であっても直ちに遵守される必要があることから説明されるのである<sup>(840)</sup>。では、仮定的状態においても法的効力が生じるのは何故なのかというと、それは、「正義の推定」が働くためである。そして、この推定は、「正規の社会的手続を経たこと」によって得られるとされる<sup>(841)</sup>。

したがって、二つの層を区別するための形式的基準はないとしても、経験的な一つの基準として、手続の相違が挙げられるようである。例えば、憲法は確立した法であり、これ

<sup>836</sup> *Ibid.*, pp. 806-807.

<sup>837</sup> *Ibid.*, pp. 810-811.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 811.

<sup>839</sup> *Ibid.*, p. 808.

<sup>840</sup> *Ibid.*, p. 809.

<sup>841</sup> *Ibid.*, p. 810.

との対比では法律は仮定的な法となる<sup>(842)</sup>。また、この観点からは、法律と行政立法も異なる層に属しており、効力が異なるとされる。すなわち、「fond の層〔確立した状態〕には法律が含まれ、police juridique の層〔仮定的な状態〕には、行政立法のような成文規範や、行政の法実務や判例といった単なる裁量基準（directive）のような非成文規範が含まれる」<sup>(843)</sup>とも述べられている。

そして、注目されるのは、オーリウが法の二つの層の何れに属するかに応じて権利の既得性・確定性を区別している点である。この点、次のように述べられている。

「これらの規範が認めるところの取得された権利（droits acquis）の基準という観点に立つならば、法律が認める権利は行政立法によってしか認められていない権利よりも既得的（acquis）であると言える。」<sup>(844)</sup>

ここでは立法形式の相違が基準とされているように見えるが、その意図は、「行政立法を掌る政府の意思は法律を掌る国民の意思と同じような法を形成するものではない」ことを説く点にある。行政立法上の権利についていえば、これは権力の権威によって支えられているものであるために仮定的な法状態なのである。逆に、法律上の権利に既得性が見出されているのは、それが確立した法状態に属するからである。こうしてみると、オーリウにおいては、取得された権利についても、仮定的な状態が時間の経過とともに確立した状態へと移るという流れこそ重要であったはずである。

この観点から再構成するならば、（確定的に）取得された権利とは、仮定的な状態から脱して確立した状態へと至ったものであると言える。そして、既述のとおり、身分や能力は行使されることによって取得された権利になるとされる。ただ、こうした移行のために必要な行使とは、必ずしも一回的・瞬間的に完結する事実としてのみ捉えるべきではないように思われる（もちろん、そうした事実である場合もあり得ることとは思われる）。確立した法状態になるためには時間の経過が一つの重要な要素なのであるから、行使についても、時間的要素を帯びるものとして理解すべきではないだろうか。

#### 4. 小括

オーリウは、行政法に固有の世界である仮定的な法の層に関心があり、また既得権論そ

<sup>842</sup> Ibid., p. 811.

<sup>843</sup> M. HAURIU, *Précis...*, op. cit., 11<sup>e</sup> éd., p. 460. 法の二つの層の観点からする法律と行政立法の区別に関しては、磯部が次のように説明している。「〔法律の位置づけに関して、〕オーリウはルソー以来の『法律＝一般意思の表明』との定式を非科学的と断定し、法律はあくまでも基本的には、少数の統治権力者による多数国民に対する命令のカテゴリに属する本質を有すると考える。しかし法律と単なる命令は決して同視されるのではなく、法律の制定に際する議会手続を通じて、本来は慣習法の属性であるはずの国民の合意があらかじめ法律に付着すると擬制されることによって、『法律』は『命令』とも『慣習法』とも異なる新たな第三類型の法としての位置づけを得ることになるのである」（磯部力・前掲「公権力の行使と『法の二つの層』」415頁）。

<sup>844</sup> Ibid.

れ自体を直接に主題化したわけではない。そのため、確立した層へと移るために必要な行使について、それが具体的にどのようなものであるのかを説いてはいない。したがって、以上の分析は、あくまで再構成の試みである。だが、オーリウの議論からは、類型的に権利あるいは法的地位を分類したり発生原因に応じて定義するのではなく、権利の既得性・確定性あるいは静態性という性質の中には時間的要素が関係しているという示唆を引き出すことができると思われる<sup>(845)</sup>。

そこで最後に、終章においては、第三章・第四章までのフランス法の研究成果をまとめつつ、時間の観点からの再検討を試みることにしたい。

<sup>845</sup> なお、20世紀前半におけるコンセイユ・デタ判例の進展を受けて、行政上の法的地位に関するオーリウの説明には無視できない修正が施された。1922年のカシェ夫人判決によって、コンセイユ・デタが、行政行為において直接に「既得権」の生じる場合を認めたからである（この事案では、戦争の混乱によって生じた賃料喪失に対する補償金の交付決定によって既得権が生じ得るとされた）。この判例をオーリウは批判することなく、むしろ好意的に評価した。そして、自身の体系にも採り入れた。その結果、オーリウ自身の手による最終版となった1927年の第11版では、行政行為の効果についての記述が次のように変わり、法的地位の「客観性」という説明が削られることとなった。

「執行的決定が既得権（*droits acquis*）を形成しなかったとすれば、それによって形成された行政上の法的地位は、原則として、無効（*nullité*）であるとして、あるいは役務の必要のために、いつでも職権で取消され得るものである。権利を生じさせたならば、二つの場合を区別すべきである。第一に、無効でない場合には、即時に取消し得なくなる。第二に、無効である場合には、出訴期間内でしか職権で取消されることはなく、提訴されたならば訴訟が終結するまで可能である。こうした制限はあるものの、取消可能性がなおも原則である」（M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 363 et pp. 1029-1030）。なお、この部分以外に、内容的な修正はみられない。

カシェ夫人判決は現在では重要判例に数えられているものの、当時であっては批判や射程を限定しようとする論者が大勢であり、また、1920年代では未だ端緒的な判決であった。だが、オーリウはカシェ夫人判決を評価し、しかも自身の体系に修正まで加えたのである。もっとも、取消可能性が原則であるとの説明を放棄するには至らなかった。また、コンセイユ・デタは、カシェ夫人判決以前から公務員の任命も既得権を生じさせると判示していたが、この判例をオーリウが参照することはなかった（むしろ、第11版でも、官吏の任命は原則として既得権を生じさせないと述べられている）。





## 終章

終章では、まず、本研究の総括的考察を行う。その上で、序章で提示した論点の幾つかも再び取り上げつつ、理論的考察を行うこととする。

ところで、本稿筆者は、既に、行政行為の職権取消に関する研究において、フランス法が行政行為によって既得権が形成された場合に限って職権取消を期間制限に服せしめてきた判例を分析した。その際にも、こうした論理構成には時間の観点が内在していると考えられることを指摘した。また、フランス法には、時間の要素を含めた行政法関係の本質的理解が潜んでいるのではないかと、この見方を示した。そして、職権取消の限界論は法における過去の問題として位置づけられるところ、この問題については、さらに、遡及立法に関して取り組むことを今後の課題の一つに挙げた<sup>(846)</sup>。したがって、本研究は、この課題への取り組みという位置づけになっている。

既得権の概念の問い直しを目的とする本研究全体を通底していた理論的関心は、既存の権利・利益や法的地位に対する新法的作用を評価するための法的な議論枠組みの探求であった。そして、本研究を通じて、特に 20 世紀前半の公法学説の検討を通じて、一つの根本的な問題が確認された。すなわち、法と人との結びつきは、時間の中でどのように構成することが可能なのであろうか。また、どのように構成すべきなのであろうか。本研究では、この問題が法の時間的効力論において有する意義、これが結論を方向づけ得るものであること、そして、この問題に取り組むための端緒については明らかにできたと考えている。以下では、まず、第三章・第四章でのフランス法の研究成果を、時間の観点に着目しつつ再検討してみることから始めよう。

### 第一項 法的時間の主観的構成

#### 1. ポルタリスにおける時間と自由と安定性

民法典 2 条の制定に携わり、その趣旨説明を通して不遡及原則の精神を説いたポルタリスにおいて、人間にとっての時間は悲観的に捉えられていた。自然の中で、「人は空間においても時間においても一点を占めるだけ」なのであって、刹那的な存在であった。ただし、このことにより、法の時間的効力に関して一定の帰結が引き出されたことが重要である。

人が時間の中で一点を占めるだけであることは、いま生きている瞬間の他には時間的な結びつきがないことを意味している。この瞬間は身をもって経験しているとしても、明日どうなるかは分からないのであるから、非常に不確実な状況に置かれていると言えよう。それは、「人類が背負っている悲惨な条件」なのである。しかし、そうであるからこそ、人

<sup>846</sup> 拙稿「フランス法における行政行為の職権取消（三・完）」自治研究 88 巻 10 号（2012 年）116-118 頁。

は将来に対して「希望」を抱き、それによって主観的にはあるが多少は不確実性を和らげている。もちろん、予想どおりには事が進まないかもしれない。だが、どちらに転ぶにしても、時間の経過によって一定の安定がもたらされなければならない。人は不確実な状況において生きて行かざるを得ないからこそ、「もし過去の生活についてさえ安全であると確信できないとすれば、とても不幸な存在」となってしまうからである。したがって、ポルタリスは、「自身が存在した部分については、すでに人生の重荷を負い切ったのではないのだろうか。過去に後悔が残ることはあっても、過去は不確実さをすべて終わらせる」、と考えたのであった。

もちろん、結果がどうであれ時間の経過によって安定化する（そうなるべき）と言い得るためには、自由な意思決定が可能であったことが前提となるであろう。この点、ポルタリスは、「市民の自由（liberté civile）は、法律が禁じていないことを行う権利である」と考えていた。ここに自由への積極的な評価があったと解することもできるかもしれないが、上述のように、ポルタリスには悲観的な傾向がある。自由な人間からなる社会の中で新たな法律が必要とされることもあろうが、「法律はすべて誤り（abus）から生じる」と見なされている。ここでは、自由を尊重すべきであるとしても、それが必ずしも良い結果をもたらすとは考えられていない。自由の行使により、個々人にとって後悔が残り得るだけでなく、社会的にも弊害が生じるおそれがあると考えられていたのであろう。しかし、それでも、ポルタリスによれば、自由の結果生じた弊害といえども法律以前のものには手をつけるべきではない。「薬が病気よりも悪いということがあってはならない」からである。

そして、こうした時間とその経過の意味や人間の自由についての理解が、立法システムの時間的なあり方に対する一つの限界を導いた。それが、過去の安定性である。法律が過ぎ去った時間に遡ろうとするならば、良くも悪くも個々人にとって確実となったことを再び不確実にしてしまい得る。それは、「もはや存在しない時へ向かって我々の不安を蘇らせようとする事」であると見なされ、人間の悲惨な境遇を悪化させてしまう。こうして、ポルタリスは、「法律の遡及効が許容される場所では、どこであれ、安全が存在しないだけでなく、不安さえ存在するであろう」という理由で、法律の不遡及原則を根拠づけたのである。ここには、〈市民の自由→過去の安定性→不遡及原則〉という論理構造があったと考えられる。

ポルタリスにおいては過去の安定性が重視されており、将来への希望は、人間が自然の中でその不安を和らげるためのものとしてのみ考慮されていた。希望が叶ったか否かは問題ではなく、後悔がつきまとうとしても、客観的に過ぎ去った状態がもたらす確実性を尊重すべきと考えられたのである。したがって、希望が語られているとしても、将来的に期待したであろうことの保証が説かれたわけではないことに留意されたい。

## 2. 既得権論における法的時間の構成

民法典2条が実際に制定されると、メルランを中心とする古典学説は、2条の不遡及原則

を既得権の尊重という形で理解することとなり、これが19世紀のフランス法における支配的見解となった。既得権論は、純粋な理論というよりも、「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない（La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif）。」と定める民法典2条を前提とし、その註釈に取り組んだ結果として提示されたという特徴がある。既得権の概念については19世紀を通じて学説上で議論があり、幾つかの異なる定義が示されてきたものの、既得権論そのものは維持されてきた。

既得権論の基底的構想は、権利に対する所有を觀念し、自分自身のものになったと見なされる権利を新法から保護することである。「既得権とは、自身の資産となった権利、資産の一部をなしている権利であり、それを付与した者がもはや奪うことのできない権利である」と定義された（メルランによる1828年の定義）。主に取消不可能性を基準にして、一定の権利が既得権であると性質づけられる。そして、法律が既得権を害するとすれば遡及効があると解することによって、法律の不遡及原則を規定している民法典2条の適用を導き、その結果として、明文規定がない限り新法の効力は既得権には及ばないこと（そうした意味において遡及効を有さないこと）を正当化したのである。その一方で、既得権には「単なる期待」が対置され、他者の意向あるいは法律の存在に依存しながら将来的に何らかの権利・利益を得られることを期待しているに過ぎない場合には、新法の影響を受け、そうであっても遡及効はないと解された。

注目されるのは、古典学説が既得権論を構築するに際して、法的な意味での過去について一つの理解が前提とされていたことである。すなわち、既得権論を初めて体系的に打ち立てたメルランは、そもそも遡及効とは過去を不利益に変更することであるという前提から議論を出発させた。そして、「法律からすると、もはや未決でないものだけを過去と見なすことができる」と考えていた。したがって、手続中の関係や係争中の事件といった「未決の事物（choses en suspens）」は、過去の出来事に起因しているとしても法的には過去ではなく、現在に属すると位置づけられた。「過ぎ去った事物（choses passées）」のみが、法的な意味での過去として新法から保護されると解されたのである。つまり、古典学説にあっては、完全に過ぎ去った時間としての過去を維持することが専ら意図されていたのである。

このことは、メルランの法的過去を理論的に分析したメレール・ドゥ・シャサの見解からも窺われる。それによれば、既得権は「個人に対する財産（propriété）の確定的な形成ないし変動が生じた場合」に認められるものであり、つまり、「既成事実（faits accomplis ou consommés）の結果」であると指摘されていた。

既得権論においては、「既成事実の結果」とであると見なされる一定の権利・利益が、それ故に、自分自身のものになったという意味で「既得」とであるとされる。もちろん、觀念的な意味の世界において財産が確定的に形成された（あるいは変動した）としても、それ自体は現実世界においては実現しておらず、「既成事実」ではないこともある。19世紀初期には、この点を重視する見解もあった。すなわち、メイエの議論には、〈行為の形式的完全性→誠実性の推定（もし行為当時において新法と同内容の形式が知られていたとすれば、個人はその形式を履

行したはずである)→完全な行為の静態性→不遡及原則」という論理構造があった。それによれば、「法律の不遡及原則は、専ら、行為の外的形式に関することにおいてのみ確立されるものである」と解された。というのも、行為がなされただけでは実体的には完全ではないからである。ただし、そうであるからこそ、不遡及原則とは異なる原則として、権利に対する所有を観念することで既得権不可侵の原則が導かれたのであった。

こうしてみると、メルランの古典的な既得権論においては、〈法的過去＝（現実的および観念的な）既成事実＝（そこから生じた）権利の確定性〉という理解があり、これが既得権の概念を支えていたと思われる。

ただ、その解釈論的帰結については問題を孕んでいた。定義上は明快であるのだが、〈既得権侵害＝遡及効〉と考えられ、その判定基準としては取消不可能性（これは自分自身のものになったという意味での確定性の判断基準であったと言える）が専ら考慮されることとなった点には注意が必要であろう。メルランは、不遡及原則の根拠づけとして、「個人が現実取得した権利に対する立法者の気まぐれによる侵害を免れさせるためにのみ、法律の不遡及原則は打ち立てられたのである」と述べていたが、結果的には、〈既得権の尊重→不遡及原則（→遡及効の何らかの定義）〉ではなく、〈既得権の尊重→不遡及原則→既得権の不可侵〉となってしまったのである。

### 3. 主観法的思考の意義と限界

法的時間を問うことから不遡及原則の議論を始めたメルランが既得権論へと向かったことは、一面で、19世紀的な個人主義の帰結であったと言える。ただ、他面で、法的な意味での過去を問う場合、個人の権利・利益の時間的な保護へと向かうことは、メルランに限らず法的議論の一般的な傾向なのかもしれない。この点、法的時間の研究において著名なフランソワ・オストは、既得権にも関連して次のように指摘している。

「法的安定性、制度の継続、社会的平和の意味が個人にとって具体的に示されるのは、多くの場合、まさに、自身の権利が時間的に保護されることによってである。基本権の保護、既得権の承認、正当な期待の是認など、個別的法主体（*justiciable individuel*）にとっては、多くの場合、これらの点に法的な記憶（*mémoire*）の機能は帰着する。しかも、この機能は尊重されるべきであり、実際、社会秩序は広範にこの尊重に依存している。」<sup>(847)</sup>

オストは、法的時間の四形態の一つに、過去の拘束するものとしての記憶（*mémoire*）を挙げている。既得権の尊重が、ここに位置づけられたのである。

確かに、既得権論は、法的時間を考慮しつつも、権利や身分に対する所有を観念することにより、いわば法的次元において時間を止めようとする試みであったと言える。時の流れに抗して、「過ぎ去った事物」についてはその時点で確定したものと見なし、その侵害を

<sup>847</sup> François OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 94.

遡及効と性質づけることにより、事後的に変更されることはなく将来的に維持されるという保護を導いたのである。あえて未来を考えず、むしろ未来から守ろうとしたのである。ある時点で権利が取得されたとみなす既得性は、時間の法的構成の一形態として重要であると思われる。そもそも、法的議論は、良くも悪くも局所的思考に馴染んでいる。したがって、既得権の尊重は、法的時間を構成するための典型的な思考であったと言えるかもしれない。こうした意味でも、既得権の概念には多くの問題があるにもかかわらず、なお、その思考まで放棄すべきではないように思われる。

もっとも、限界もある。特に、確定したと見なされる過去を中心にして法的時間を把握するとすれば、時の流れを遮断してしまう。法的時間を一点に集約することで、逆に、時の流れを考える余地が大きく狭まってしまう。この点、古典的な既得権論が、将来的な展望を内包している期待を保護対象から排除したことは、ある意味では当然であったと言えるが、やはり問題がある。そして、既得権論に対しては有力な対抗軸としての期待論が1809年において既に提示されていたことを、忘れてはならない。

法は将来に対する人々の期待を尊重すべきと考えて期待論を説いたのは、ブロンドーであった。1809年に、遡及効を主題としつつも、新規立法における経過措置に関する立法論が展開されたことには驚かされる。ブロンドーの期待論は、ある時点での事実的・法的状況を前提にして将来的に何かしらの得られる見込みの保証、立法システムがもたらす安定性への信頼の保護を説くものであった。すなわち、「法律の最大の恩恵とは、それによってもたらされる安定性 (sécurité) であり、それによって将来に向かって与えられて産業の基盤となる安定性への信頼 (confiance) である」、という理解が議論の土台となっていた。もちろん、ブロンドーは、「今日存在する関係を将来に向かって保障すること」をも重視しており、現状維持的で保守的・静態的な安定性を説いていたことは確かである。ただ、期待論は、現在を軸とした人間の将来展望・人生設計・計画的活動を重視するものであったと思われる。この点は、ブロンドーが参照したはずのベンタムにおいて、より強調されている。

ベンタムによれば、期待は人間の本質的属性であると解された。すなわち、「人間は、苦しむのも喜ぶのも動物のように現在だけというわけではなく、現実化する前から苦しんだり喜んだりすることがあ[る]」。さらには、「期待があるからこそ、一生を織りなす継起する各瞬間が孤立した無関係の点ではなく、一つの全体の中で連続した諸部分となるのである」。このように、期待という「鎖」によって現在と未来が結びつくのであり、まさに、人は時間を生きることができる存在になるのである。これは、ポルタリスとは対照的な時間の捉え方である。人間にとって時間が常に孤立した点であり、ただ、時間の経過によって過去のみが確実となると考えたポルタリスとは真逆であることが分かるであろう。

もっとも、自然状態において事実上の力関係によって保障されるかもしれない期待は一時的な弱いものでしかあり得ず、それでは不安定である。これに対して、立法システムのみが、唯一、恒久的で強い期待を生み出すことができる。そして、そうであるからこそ、ベンタムは、立法システムの中では、新法といえども現実生じた期待を尊重しなければ

ならないと帰結したのであった。

専ら立法論を展開したベンタムとは異なり、民法典の存在を前提として解釈論にも意を用いたブロンドーにあっては、柔軟な利益衡量論がとられた。それによれば、「旧法の効力をそのままにしておくことよりも旧法下で生じた希望を覆すことの損害の方が小さいならば」、新法が適用されると解された。つまり、究極的には法律の「社会的効用 (utilité sociale)」の実現を重視するというのが期待論の基本構想なのであった。

そして、19 世紀中頃から既得権論の修正が試みられるに際しては、ブロンドーの所説に関心が寄せられ、それが既得権論の中に若干採り入れられることとなった。要するに、〈新法は旧法より良いものであるとの推定→新法には完全な効果が与えられるべき〉という法の進歩が考慮され、また、過去の事情に基づき将来において実現するかもしれない権利の見込みをも保障すべき場合があるという期待の尊重に依拠して議論がなされた。それは、既得権論の二重の保守性（新法の適用を妨げてしまうこと、将来的な期待は裏切られてしまい得ること）を問題視して、未来志向的な時間の観点から再検討するものであったと言える。

期待論において、また、既得権論にこれを組み込んで修正した学説において、解釈論的には強い期待の尊重が説かれた。だが、それは既得権論の表面的な捉え直しに過ぎなかっただけでなく、さらに、期待の強弱を考慮するという利益衡量論には法的時間の把握が伴わないという問題があるように思われる。というのも、衡量は、それを行う時点を起点として、現状に配慮しつつ未来志向的に諸利益を比べるものである。やはり、時の流れがある一時点に集約されてしまうという意味では、古典的な既得権論と径庭はないのである。

このように、主観法的思考では、時の流れが一時点に集約されてしまい、時間それ自体を法的に考慮する余地が狭められてしまう。ここに、その限界がある。

## 第二項 物理的時間の客観的把握

### 1. 形式的な時間観念

既得権論は、19 世紀末にヴァレイユ・ソミエールによって批判された後、学説上はもはや支持を得なくなった。ここでの批判と新たな時間的効力論には、時間についての明確な前提があった。それは、ボヌカーズによって「純粹に形式的な理解」とであると指摘された時間観念である。

ヴァレイユ・ソミエールにおいては、既得権論の曖昧さだけでなく、その根本的原因として、古典学説が正義の問題と遡及の問題とを混同していたことが批判された。そして、不遡及原則の議論から、「正義、自然権、主権の一般的義務」を除外すべきであると指摘された。これは、学説史の中で大きな転機となった。「立法者は重大な理由なくして人間の本性に固有の権利を制限したり、とりわけ廃止すべきではないという原則、人工的な事物の状態を濫りに廃止することにより市民の利益を軽々しく害すべきではないという原則」が、不遡及原則とは異なるものとして位置づけられたからである。こうして、古典的な既得権

論の実質的な要素が、そもそも法の時間的効力とは無関係であると解された。その結果、雑多な要素を含んでいる既得権の概念は放棄すべきであると主張されたのであった。

しかし、その結果、法の時間的効力の議論から実質的な要素が取り除かれてしまった。このことは、法的時間の把握に関しても大きな変化をもたらした。古典学説において既得権の概念は法的時間としての過去を表現したものでもあったが、これに対して、既得権論を批判した学説は、現実的・物理的意味での時間のみを考慮したのである。すなわち、ヴァレイユ・ソミエールの批判を受容した上で時間的効力論の刷新を図ったプラニオルは、「公布以前の事実に対する法律の適用」が遡及であると定義するとともに、これとは区別された形で、「廃止以後の事実に対する法律の適用」は「旧法の存続 (survie)」であるというように議論枠組みを整理したのである。

それによれば、遡及とは、法律が、その公布以前の行為の適法要件を見直すことや、公布以前において既に実現した権利の効果を変更することである。法律の不遡及原則により、これらは特別の明文規定がない限り許されない。だが、19 世紀の学説が最も困難を感じていた継続的法関係に対する新法の適用をめぐる問題は、不遡及原則ではなく旧法存続に関するものとして位置づけられた。しかも、権利それ自体は、その根拠である法律が有効である間しか存在せず、当該法律の改廃によって当然に影響を受けるべきと解された。したがって、従来は既得権として新法から保護されるべきとされてきた権利に対してであっても、そうではなく、新法を適用すべきと解されたのである。特に公法については、例外なく新法が適用されるべきと解された。

こうしたプラニオルの議論枠組みには、時間の把握の仕方についての変化が明確に打ち出されている。それは、「新法を適用する時というのは、新法に固有の領域である」という説示に表れている。一見すると法的時間を述べているようではあるが、そうではない。むしろ、現実的・物理的な時間を前提にして、法律の公布時とその適用対象事実の前後関係でもって、法律の時間的適用範囲を画定すべきと考えられたのである。それは、法的次元において止められてしまった現実的時間を解放したと言えるかもしれない。だが、それは同時に、法的時間を考慮しないことを意味している。

このような法的時間と物理的時間の区別とその問題性を指摘したのは、ボヌカーズであった。「〔過去の概念の〕定義は、法律不遡及についてのあらゆる理論にとって不可欠の出発点である」というその指摘は、極めて重要である。もっとも、実は、こうした視点は、既に 19 世紀前半には意識されていた。公法の時間的効力をめぐる議論においては、当初から、法と時間と事実との絡み合いが問題とされてきたのである。

## 2. 公法の時間的効力論

公法（に属すると位置づけられ得る）法律の中で、古くから時間的効力が問題となってきたものに警察規制立法がある。特に、出版規制立法および建築規則（行政立法）に関して、既存の出版者や建築物に対する新たな規制には遡及効があるのではないかという批判がなされ



ることがあり、議論が重ねられてきた（ただし、19 世紀においては、建築規則は所有権の制限立法として位置づけられ、その時間的効力については私法学者によって議論され、また、紛争も司法裁判所を舞台とした）。

まず、19 世紀初頭においては、例えば既に展示・販売された図画や出版物のように、過去に生じた事実（過去に生まれた人、過去に設置・開設された施設、過去に開始された行為や事業等）については、新法の公布時においても存在し続けている限り、これに新法を適用するならばそこに遡及効が見出された。これに対して、1828 年には、パルドウシュが、「言葉の文法的意味」での遡及効と、「法律用語において遡及効と言われるもの」を区別すべきであると説いた。ただし、その意図は、これまで漠然と解されてきた遡及効の法的意味を限定することで、新たな出版規制立法には遡及効がないと説くことにあった。また、必ずしも法的意味での遡及効が定義されたわけでもない。しかも、もう一つの限定が加えられた。それは、公法に固有の限定であると思われる。すなわち、法律の規律事項の公的性質という観点から、出版規制立法は公益や公的關係（個人や事業者と、国家あるいは公衆との関係）について規律するものであることを理由にして、法的意味での遡及効が否定されたのである。

こうしたパルドウシュの見解が議会の法案審議に際して表明されたのに対して、新たな出版規制（許可制）を既発表の出版物に対して及ぼすことが裁判上で争われた際に、やはり遡及効の意味を限定することで新法の適用を肯定する主張がなされた。1836 年の事件において、デュパンは、事前規制を設けていない旧法下での販売・展示であっても許可制を導入した新法の制定後にまで販売・展示し続けられるわけではないことを説明するために、法律の作用対象事実の時間的位置づけを考慮したのである。すなわち、「一回的事実」と「日々の絶えざる事実」の区別である（展示は後者に該当する）。こうした観点から、日々繰り返される事実は、旧法下で開始したとしても新法以後においては「全く新たな事実」と位置づけられ、新法の適用が肯定されたのである。この理解は、破毀院判例にもなった。

もっとも、事実の一回性と継続性の区別は、それだけで、後者に対する新法の適用の理由となるのであろうか。継続的事実といえども、過去の出来事に起因しているからである。継続的事実に対する新法の適用の可否を判断するにあたっては、二つの時間観念が無意識的に使い分けられていたように思われる。

すなわち、一つは、法律との関係においても物理的時間を前提とすることである。この点、デュパンは、「来たるべき時、今後生じるであろう事実は、常に新法の支配下にある」と述べていた。破毀院も、1836 年のルミエール判決において、「法律所定の性質を有する事実がその法律の下で生じる場合には、当該法律がすべてを支配する」と判示した。これは、まさに 20 世紀初頭にプラニオルが提示した形式的な時間観念である。プラニオルのように、法律の公布時とその適用対象事実の前後関係でもって時間的適用範囲が画定されるため、新法を適用すべきこと、それでも遡及効がないことは当然であった。

しかし、もう一つ、19 世紀の論者にとって法的時間を前提とした既得権論は思考の土台であった。デュパンも、ある事実と、「主たる事実それ自体に内在的で不可避免的に生じる帰

結」とが不可分であるような場合には、「不可侵の権利」が認められること、つまり既得権論を前提としていた。その意味で、継続的事実に関しても、その中に法的時間の存在を読み取るべき場合があり得たのである。そうすると、ある事実を反復継続的ないし持続的事実であると分類した場合であっても、法的時間の次元を一切否定するのではない限り、直ちには新法の適用を主張できない。継続的事実に対する新法の適用を主張するには、既得権の存在を否定する必要があったからである。そのためには、パルドゥシュのように法律の規律事項の公的性質を根拠として挙げる見解が主流であったと言える。19世紀中頃にジュスランが主張し、破毀院判例でもあったように、公序に関する法律に対しては多くの場合に既得権が否定されてきたのである。

ただし、この点、公序のみを理由にするだけでは新法の適用の正当化としては十分でないように思われる。実際、後に、公序の概念には批判が向けられた。例えば、ポール・ルビエは、「個人の権利を尊重する必要はないと思い込んでいる場合、公秩（ordre public）について人々が抱いているのは特異な観念である。そして、既存の権利の限らない保護を大げさに約束した後で、政治的に重要な法律のために権利を犠牲とするに至ることは、『既得権』論の最大の欠点である」と喝破したのであった<sup>(848)</sup>。ただ、「特異な観念」と評されてはいるが、それもまた、法的時間に関する何らかの意味合いが含まれていた可能性がある。すなわち、公的問題との関わりにおいては物理的時間を強調する、ということである。これは、公法の客観性を考慮する見解であるとも言えるかもしれない。客観性が、法的時間の主観的構成を斥け、物理的時間を客観的に把握するよう要請したのである。

法的議論において時間を客観的に把握する場合には、時の流れの中で、いつ、何が生じたのか、生じた事実は時間の中でどのように位置づくのかといったことが主に考慮されることになる。だが、そうすると、人は刻々と過ぎゆく時の流れに抗することができなくなってしまうのではないか。法は自身の外にある時間に従属することになってしまうのではないか。その結果、新法の適用が原則として要請されることになるのではないか。立法活動が活発になったり、そこに質的変化が生じると、こうした問題が顕著に現れてくる。

では、公法学者はどのように考えたのであろうか。時間の観点に着目した場合、20世紀初頭頃に活躍した公法学者の見解は、大きく分かれたと言える。それは、相当に異なる二つの立場を示している。

### 第三項 公法学説の対立

#### 1. デュギーによる時間的要素の捨象

公法学者による時間的効力の理論的考察として、第一に、デュギーは既得権論を強く批判した上で、法律から直接生じる地位である「客観的法的地位」と、個人の意思表示によ

<sup>848</sup> Paul ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, 1<sup>er</sup> éd., T. II, Sirey, 1933, p. 462.

って定まる地位である「主観的法的地位」とを区別すべきであると説いた。客観的法的地位は、法律の適用そのものの結果なのであり、いわば法律それ自体と同視されることから、法律には全ての者を対象とする一般性、改廃されるまでは適用後も存続するという永続性があるのと同じように、客観的法的地位も一般的かつ永続的である。これに対して、主観的法的地位は、特定の個人のみが特定の個人に対して主張できるという意味で個別的であり、また、地位の内容が実現されたり訴訟などの法的手段を行使すると消滅してしまうという意味で一時的である。そして、デュギーは、新法は前者に対しては適用されるが、後者を変更することはできず、変更するとすれば遡及効があると解したのであった。

しかし、こうした時間的効力論は、法的地位の性質にのみ関心が向けられた結果として、時間の次元を完全に捨象するものであった。この点は、プティが的確に指摘している。すなわち、「既存の主観的法的地位に対して新法を適用できないことは、その時間的位置づけに因るのではなく、それが非個人的・抽象的か個人的・具体的かという内在的性格の対比の結果である。こうした議論は、法律の性質そのものに依拠しているのであるが、遡及効の禁止を正当化しようとするものではなく、その不可能性を打ち立てようとするものである。ここでは、遡及効は時間軸上のフィクションではなく、存在論的に不可能なものとなっているのである」<sup>(849)</sup>。

ただ、客観的法的地位については、それが常に法律と同視されて一般的かつ永続的であると解されていることからすると、その時々現在の現在であり続けるものとして、物理的な時間上に位置づけられているように思われる。したがって、デュギーにおいては、主観的法的地位との関係において、法的な意味での時間が捨象されたのである。それでも、時間に着目した場合、デュギーの所説おける時間の捨象は徹底していたと言える。

このことは、既得権の概念に対する批判においても現れていた。デュギーによれば、「既得でない権利とは何なのかは誰にも分からなかった。仮に主観的権利の存在を認めるとして、それは存在するかしないかであり、ある者に権利があるか否かである。既得でない権利とは、権利がないことである」。既得権が本来的には「生得権 (droits innés) と対になる表現であり、自然 (nature) のみによって与えられるわけではない権利を意味している」はずであるが、既得権論においては独特の定義がなされてきたことは、既にヴァレイユ・ソミエールによって批判されていた。デュギーは、これに加えて、権利はそもそも存在するか否かであり、「もし存在するのであれば、それは常に既得 (acquis) である」と解され、既得であることに固有の意味を見出すことはできないと批判したのである。ただ、ユックが指摘したように、「既得である (acquis) という表現は何も付け加えておらず、それは、時間軸の中で、新法の発布よりも前から存在している権利であること示そうと」していた。しかし、デュギーは、こうした意味づけすら排除したのである。

また、もう一つ、デュギーは、法律の時間的効力を論じるにあたって、人の法的地位との関係においては事実の時間的位置づけすら考慮しなかった。もちろん、犯罪行為や契約

<sup>849</sup> Jacques PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002, p. 130.

締結行為など人の行為を対象とする法律については別立てで論じられ、「時が行為を支配す（*Tempus regit actum*）」とされた。つまり、行為時の法律が適用される。だが、法律上の権限等の法的地位を対象とする法律となると、観点が全く異なるのであった。

では、法の効力は物理的時間に従属するのであろうか。この点、デュギーと同時代に活躍したオーリウの所説は、大きく異なっていた。

## 2. オーリウの法的時間論

公法学者による時間的効力の理論的考察として、第二に、オーリウは、法における時間の要素を考慮しつつ理論構築を図ったと言える。コンセイユ・デタ判例との整合性を意識していたとはいえ、既得権の概念を直ちに全面的に放棄することではなく、むしろ再構成を試みていたことは注目に値する。その際には、原理論の次元で、法における時間の意義が考慮されていた。「実定法規範は定められれば全てが終わるのではなく、逆に、漸次的な使用によって強化されたり衰退することのあり得る生涯が始まる」、というのである。

本研究にとって最も注目されるのは、法が仮定的な層から確立した層へと移りゆく動態を把握するために、「法の二つの層」が構想されたことである。これは時間経過によって変化する根本的に異なる法の次元を捉えようとするものであるため、層というよりも、「二つの法状態」（これはオーリウ自身が述べている）と言うべきであろう。仮定的状態から確定的状態へ、という動態である。そして、行政法に固有の世界は、前者であると位置づけられ、行政上の法的地位と取得された権利とが異なる次元に位置づけられたのであった。

オーリウ公法学における時間の概念の重要性を指摘した磯部力によれば、オーリウが時間を考慮し得たことは、「制度」という法の一般理論の次元に位置づく構想と不可分の関係にあるとされる。「オーリウ公法学の最も基本的関心は、人間社会の歴史的発展の一定段階で国家という制度が形成され、そこにおいて裸の事實的権力が法に拘束される法的権力に変化していく現象を、まさに時間とともに変化していく動態として説明することにあつた」。「そしてこの『制度』のカテゴリイと『契約』のカテゴリイというもう一つの基礎的カテゴリイの間に存する決定的な相違は、時間的経過にともなう法現象の変化を十分に取込むことができるか否かにあるとオーリウは考えていた。契約は本質的にある一時点での合意という枠に限界づけられるのに対し、『制度』は有限な人間の生命を超えて長時間持続し、その間に生じる様々の新しい現象に対応していくことができる」<sup>(850)</sup>。

この対比は、まさに、私法学者による法的時間の主観的構成と、公法の客観性を重視した公法学者による物理的時間の客観的把握という本研究が先に示した対比にも通じるであろう。そうであるとすると、時間を法の中にどのように取り込むのかは、公法学の体系全体にも関わる問題と言えるかもしれない。時間を考慮することは、人間社会に流れる時間

<sup>850</sup> 磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983年）416頁。なお、磯部も留意を示しているように、「〔時間を重視する〕オーリウの意図が、彼の実際の『制度理論』の中にどれ程結実し得ているかについては、慎重な検討を必要としよう」。

との関係における法現象の動態を捉えようとするものである。これは非常に重要な視点である。そして、「19世紀に最も直接的に時間性に関心を持ったフランス語圏の法学者」こそ、オーリウなのであった<sup>(851)</sup>。

オーリウは客観法的構成を一元的に貫いたわけではなく、また、当時の私法学者の議論も参照していた。それは、ボドリー・ラカンティヌリーとウク・フルカドによって再構成された、「適法に行使された法律上の権能」としての既得権の概念である。これを参照することで、オーリウは、「確定的に取得された権利」として従来の既得権を捉え直した。その上で、ここに時間の要素をも加味した上で、潜在的な力が現実的に取得され、さらには確定していく過程を構想していたのではないだろうか。オーリウ自身は、時間的な取得・確定の過程について直接には述べていないが、本研究としては、こうした理解が可能ではないかと考える。

というのも、オーリウは安定性と変化との調和を重視しており、特にその制度論においては、継続的な進展、制御された変遷、したがって「制御された未来」が構想されていた。フランソワ・オストによれば、こうしたオーリウにとっての法的時間とは「潜在性」であった。それは、「まだ現実化していないが既に可能な力 (pouvoir) であり、……現在を変える梃子となる。まるで、将来が現在の事実に対して働きかけ、可能な活動手段を組み込むかのようなものである」<sup>(852)</sup>。この点、ある時点における権利の確定性のみを考慮する古典的な既得権論では、潜在性は単なる期待であるとして新法の適用を免れることはできないと解されたと言える。潜在性あるいは仮定性という時間次元を法の中に組み入れたことは、オーリウの功績であろう。もっとも、行政法との関連では、行政法の世界の本質であると見なされた仮定的状態に主たる関心があったことは確かである。法の二つの層の区別の仕方や確立した層へと移る過程については、具体的に述べていないのである。

### 3. ボヌカーズの法的時間論（補足）

なお、私法学者のボヌカーズもまた、法的時間の意義を考慮した上で、既得権論の実質的な再構成を試みていた。一定の法的地位とその帰結との一体性、すなわち、一定の法的地位には未来が潜在的だが予先的に内包されていることを捉えようとしたのである。そして、特定の者に対して法律が実際に作用したとこ、具体的には、そのために必要な法行為あるいは法的事実が実現したことを基準にして、「具体的法的地位」の存在を観念して、これに対しては原則として新法が適用されないと考えたのであった。ただ、法的地位に未来を予め埋め込もうとしており、その意味では、時間の観点からすると既得権論とは径庭がなかった。

---

<sup>851</sup> F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 195.

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 196.0

#### 第四項 理論的考察

法と人との結びつきを、時間の中でどのように構成すべきなのか。本研究としては、現時点でも、この問題に対する明確な解答は得られていない。ただ、法における時間の意義と位置づけがより一層明らかになったことは確かである。このことを象徴的に示していると言えるのが、カルボニエの次の指摘である

「人間的精神の二態様が、問題に反映されている。革新的傾向。新法は、当然に旧法よりも良いものとされる……。保守的傾向。新法は困惑させる。新法は、それ自体では進歩となり得るが、それによって引き起こされる心理的当惑は進歩には相当しない。というのも、若者だけが、苦勞なく新法に適応できるのである。実質的にみれば、法律不遡及の問題は、法秩序における高齢者の問題（le problème des vieillards dans l'ordonnement juridique）である。極端に言えば、不遡及原則とは、各人にとっては、若き頃の法律を生涯保つ権利ということであろう。もし記憶を忘れ去ることができたなら――。記憶喪失者にとって、遡及立法など存在しないのである。」<sup>(853)</sup>

ここでは不遡及原則にのみ言及されているが、その指摘は、法律の時間的効力一般に通じる。これについて物理的時間のみを前提にすることは、法秩序の中において「若者」や「高齢者」を認めず、法秩序の内部における時間に固有の意味を認めないことになってしまう。

法的時間に着目する場合、関連する概念を過度に単純化することには慎重にならざるを得ない。というのも、日本では、大正から現在に至るまで、法律はその効力発生（施行）前に「終結した事実」には適用されない（法律の不遡及原則）が、以前に生じたとしても効力発生時にまで「継続する事実」に対しては適用でき、ただし、既存の権利の尊重が立法政策的に要請されると解されてきた。しかしながら、フランス法の研究を踏まえると、法の時間的効力には複雑な理解があり得ることが分かる。フランスでは民法典 2 条が不遡及原則を規定したことから、これによって禁止される遡及効の概念の定義に議論が集中してしまったが、それでも、遡及効の定義が多様であったことからすると、やはり、同じことが言える。

すなわち、フランスにおいては、第一に、過去に生じた事実に対して新法が作用しているとすれば、新法公布後においてであっても、遡及効があると解された。これに対して、第二に、法律の規律事項の公的性質という観点から、公益や公的關係について規律する場合には、法的意味での遡及効が否定された。第三に、法律の作用対象事実の時間的位置づけに依拠して、日々繰り返される事実については、旧法下で開始したとしても新法以後においては全く新たな事実であるとして、これに対する新法の作用には法的意味においても遡及効はないと解された。これらに加えて、第四に、既得権論が提唱されてきた。

<sup>853</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, V. I, PUF, 2004 (1<sup>er</sup> éd., 1955), pp. 238 et 239.

こうしてみると、19 世紀のフランスにおいては、微妙にニュアンスの異なる意味で遡及ないしは遡及効の概念が用いられることがあったと思われる。また、事実的遡及と法的遡及とが区別されるべきと説かれたが、それは、遡及それ自体の定義の問題と、法的な観点から例外的に許容される遡及効とそうではなく民法典 2 条によって禁止される遡及効の定義の問題とがあり得たことを意味している。法的意味で禁止される遡及効は、19 世紀の古典的理解によると、既得権の侵害を指していた。ただし、既得権もまた、その基本的観念（権利に対する所有権的発想）それ自体が非財産的権利や人の身分・能力等に拡張されていったことで、解釈論的には捉えどころのない概念であった。しかも、既得権論は、法が時間的になどのような作用を及ぼすかという客観的な問題を、その対象である私人に対する影響の観点から主観的に捉え直した上で、遡及効があるか否かを判定しようとした。その結果、法の時間的作用それ自体を論じる枠組みではなくなっていた。確かに、19 世紀末に批判されたように、私人の側からみて新法との関係で保護されるべきものを詰め込むことができる概念になっていた。「既得権とは、もはやあらゆる種類の商品を扱うパビリオン(un pavillon qui couvre toute espèce de marchandises)でしかなく、その表現を捨て去っても、確固として確実なものを何も壊しはしないのである」<sup>(854)</sup>。

何れにしても、こうした複雑性からすれば、20 初頭のフランス法や日本法のように、時間的効力（遡及効など）と既得権とを分断して単純化することには、一定の意義があると言えるかもしれない。ただ、法の時間的効力の問題を、法律の公布や施行の時点との関係における事実の時間的位置づけを基準にして形式的に定義された遡及効の問題に限定してしまい、それ以外については立法政策あるいは実体的な権利利益の要保護性の評価に解消してしまうとすると、時間的効力の多様性を解析することが不可能になってしまうのではないだろうか。法的時間を考慮しないことで議論は単純になるかもしれないが、視野は著しく狭まってしまう。もちろん、遡及効の概念を再び広げるべきなのではなく、時間的効力の多様性を、それとして捉えた上で分析していく必要があるように思われる<sup>(855)</sup>。

議論枠組みを形式的に純化することの意義と問題性は、1908 年のマルク判決において実際に現れていた。既存建築物に対する新たな警察規制をめぐっては、不遡及原則の観点から、19 世紀の破毀院は既得権論に依拠して建物の構造を変更することは許されないと解しつつも、その一方で、建物の危険性が日々繰り返される状態であることに着目して新たな建築規制を適用すべきと解する場合もあった。然るに、マルク判決において、コンセイユ・デタは、警察規制立法に関してその時間的効力と内容的限界とを区別し、後者の観点から、

<sup>854</sup> Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., 1960, rééd., 2008, Dalloz, p. 168.

<sup>855</sup> なお、フランス民法典 2 条のような法律不遡及の一般原則を実定法化することによっても、時間的効力の多様性を分析できるようにはならないと思われる。法律に定めることで議論が遡及効などの文言の解釈に集約されてしまうとすれば、概念の定義や操作に関心が向けられ、法的時間の広がりが無視されてしまうおそれがある。むしろ、現在の日本においては、学問的議論を深めていくべきである。仮に何らかの根拠規定を求めなければならないとすれば、法の適用に関する通則法 2 条は、法律の施行期日について、「法律は、公布の日から起算して 20 日を経過した日から施行する。」と定めており、この規定の解釈として一般理論を展開する余地はあるかもしれない。

「既に建設された中高層建築物に関しては、原則として、衛生規則は建物の構造や設備を変更させることとなるような条件を規定してはならない」という警察権の限界を確認したのであった。つまり、所有権に対して許される制限の問題として判断を示したのである。

しかし、権限に着目するとしても、その限界は、権限行使の対象の性質との関係において設定され得る。実際、マルク判決に関しては、その論告においても評釈においても、「取得された地位 (situations acquises) の尊重」をめぐる問題が指摘されていた。これは、所有権などの個人的権利に対して許される制限やその程度の問題とは置き換えられないように思われる。やはり、既存の状態（あるいは既成状態）の法的構成が重要なのである。そして実は、これこそ、法の時間的効力の基礎理論的考察にあたって古典学説が取り組んだ課題に他ならない。

“取得”ということ、そして、“既に”取得され、なおも“存する”ことは、法的な形ではどのように構成すべきなのであろうか。この問題については、法的時間に関する考察が不可欠である。物理的時間を前提にする場合には、その中で生じる出来事を線的な時間軸上の点として位置づけた上で、個々について、あるいは複数を合わせて、法的評価を行うことになる。だが、物理的時間を点的に空間化するだけでは、決して法的時間の流れを考慮してはいない。個々の事実の法的評価を積み重ねるだけでは不十分である。主観法的思考も、法的時間のある一点に集約させて考慮することから、法的時間の流れを止めてしまう。事実や手続それ自体ではなく、また、法関係や法的地位それ自体ではなく、それらの時間的な結びつきや持続性を法的に捉える必要がある。

このことに関連して、日本の公法学が時間に関する側面をそれとして十分に把握していない点については確認をしておく必要がある。諸問題における時間の位置づけを再認識する必要がある。すなわち、従来、法における時間が一つの問題となっている場合であっても、それとして論じられることなく、実体法の一般原則によって処理しようとする傾向があった。例えば、実際の事例を取り上げるならば、①許可申請や一定の書類提出をした後の法改正による新たな規制は当該申請等に対して適用されるのか（薬事法距離制限事件<sup>856</sup>）、紀伊長島町水道水源保護条例事件<sup>857</sup>（許可などの法的判断の基準時の問題）、②既に自ら実現させた一定事実に基づき許可申請までしたがその直前に不許可事由が発生していた場合の帰趨（余目町トルコ風呂事件<sup>858</sup>）、③既に自ら一定事実を実現させた後に法改正により当該事実を対象とした補助金制度が廃止された場合の帰趨（工場誘致事件<sup>859</sup>）、といった問題がある。これ

<sup>856</sup> 広島地判昭和42年4月17日、広島高判昭和43年7月30日、最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁。第一審では不許可処分につき不遡及原則の違反が肯定されたが、控訴審と上告審では否定された。

<sup>857</sup> 名古屋高判平成12年2月29日・判タ1061号178頁、最判平成16年12月24日・民集58巻9号2536頁。控訴審では不遡及原則違反の主張が斥けられたが、上告審では申請者の地位への配慮義務が認められた。

<sup>858</sup> 山形地判昭和47年2月29日・判時661号25頁、仙台高判昭和49年7月8日・判時756号62頁、最判昭和53年5月26日・民集32巻3号689頁。第一審では許可申請手続の進捗状況に注目がなされていたが、控訴審と上告審では「行政権の著しい濫用」として事案が処理された。

<sup>859</sup> 釧路市の事件として、釧路地裁昭和43年3月19日・判タ218号137頁、札幌高裁昭和44年4月17日・



らに関しては、下級審では時間的適用範囲の問題として争点設定がなされることもあった。だが、最高裁になると、信頼保護の原則（③）、権限濫用の禁止原則（②）、配慮義務（①の紀伊長島町事件）、規制目的二分論（①の薬事法事件）が打ち立てられ、これらに依拠して事案の処理が図られた。もちろん、最高裁が確立した一般原則が誤っているというわけではない。ただ、ここで指摘しておきたいのは、時間の問題が失われたことである。

もっとも、2000 年以降、法と時間の関係について学問的関心が向けられるようになっていく。折しも 2011 年の日本公法学界学会では、「国家の役割と時間軸」が部会テーマとして設定された<sup>(860)</sup>。もう少し遡ると、『憲法と時間』と題する文献<sup>(861)</sup>が現れたことも注目される。また、実定法解釈学に留まらず、法文化的研究も現れている<sup>(862)</sup>。これらからは、“法と時間”という根源的問題に対する公法学界の理論的関心の高さを窺うことができる。そして、法と人との結びつきの時間的観点からの把握・分析のためには、法における時間それ自体について研究を進めることが不可欠であるように思われる。

この点、例えば、石川健治が、「憲法の時間的通用範囲」を論じた清宮四郎<sup>(863)</sup>が前提としていたはずの法的時間について次のような指摘をしていることが興味深い。すなわち、「憲法の時間的通用範囲」で「清宮が図らずも明らかにしてしまったのは、法的時間が、刻々と帰無する自然的時間や流転する社会的時間に対して、別個の相対的に自律的な領域を形成している、という時間的構造である」<sup>(864)</sup>。『法の時間』を論じた法哲学者のオストもまた、社会制度に対して与えられるべき時間の尺度を公共的時間（*temps public*）として理解した上で、それは、「時間や日付によって計られるとしても、何よりも、精神的な表象（*représentations mentales*）や価値の投射（*projections de valeur*）から生じるのである——それは、熟慮に基づく構成の成果なのであり、「temporalisation」と呼ばれるものである」<sup>(865)</sup>と述べている。

法的時間の自律性を踏まえるならば、個々の実践的場面での時間的適用範囲ないしは経

行集 20 巻 4 号 486 頁。第一審では不遡及原則の違反が否定されたが、控訴審では期待の保護の問題として事案が処理された。沖縄県の事件として、那覇地判昭和 50 年 10 月 1 日・判時 815 号 79 頁、福岡高裁那覇支判昭和 51 年 10 月 8 日、最判昭和 56 年 1 月 27 日・民集 35 巻 1 号 35 頁。この事件では最初から信頼保護が争点とされた。

<sup>860</sup> 参照、公法研究 74 号（2012 年）の諸論文、特に行政法については、碓井光明「時間軸から見た国家の役割——行政法、財政法の視点において」同 64-86 頁。ただし、学会では、主に、将来ないしは将来世代に関心が向けられていた。

<sup>861</sup> 岩波講座憲法 6『憲法と時間』（岩波書店、2007 年）。

<sup>862</sup> 小林直樹『法の人間学的考察』（岩波書店、2003 年）の第三章「法の時間論」（131 頁以下）、千葉正士『法と時間』（2003 年、信山社）。法的時間を自覚的に主題とする日本で最初の文献としては、増田福太郎「法に於ける時間の意義（一～五）」皇学会雑誌・神ながら 3 巻 4 号（1930 年）9-40 頁、同 6 号 79-91 頁、同 7 号 49-58 頁、同 10 号 59-90 頁、同 11 号 71-86 頁。これは、哲学上の時間・空間論を概観するとともに、法解釈の現在における結論妥当性や未来志向的な創造性、法の発達を説く。こうした学問的立場は、牧野英一を代表とするように、当時の潮流でもあった。

<sup>863</sup> 清宮四郎「憲法の時間的通用範囲」国家学会雑誌 57 巻 4 号（1943 年）1 頁以下（同『憲法の理論』（有斐閣、1969 年）95 頁以下）。

<sup>864</sup> 石川健治「憲法変遷論評註」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004 年）774 頁注 10。

<sup>865</sup> F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 19.

過措置の問題を検討するにあたっては、単に事実関係の経過や手続の進捗状況に着目するだけでは不十分であろう。一回で瞬時的に完結する事実・行為でない限りは、行政上の法的地位について、時間の経過・手続の進捗・社会の変化などとも関係して進められる一連の行政過程の中において、法的地位それ自体が時間的に進展すること、多様な状況との関係で法的性質が漸進的に変化していくことを直截に捉えるべきであるように思われる。そして、こうしたことは、ある条項や一つの法令の中に書かれているわけではない<sup>(866)</sup>。法と人との結びつきを、個別法令の解釈にとどまらずに、法における時間の観点からも分析していくべきである。

一般的には、継続的・継起的あるいは持続の中にある事実や手続であっても各段階ごとに分断して、その都度、実定法令に照らして法的に評価するという形で分析がなされるのが通例であろう。また、個々の事案の分析だけでなく、行政法学体系としても、いわゆる行政過程論および行為形式論は、法関係の展開を意識しつつも、多様で流動的な行政活動を法的観点から基本的単位に分解して、それぞれの法的性質や限界を考察している。こうした見方については、法的観点から論点を明確にしたり、法的議論の場を提供・整理するという意義があることは否定できない。ただ、行政過程を形式に分解している点では、時間を空間化してしまっており、時間それ自体を法的に捉えることには成功していない。

法的議論において時間を分断してしまう一因は、少なくとも行政法に関していえば、過度の制定法準拠主義にある。行政活動の手続・過程を網羅しているわけではない個々の法令との関係にのみ焦点を絞ってしまうと、必然的に、一定時点の抽出や区切りは避けられなくなる。そこで、法的時間の主観的構成には問題があり、かつ、物理的時間の客観的把握に尽きない法的時間の自律性を認めるならば、時の流れの中において人が一定の法的仕組みの下で行為をし、または個々の規定の適用を受けることに着目すべきである。したがって、法的仕組みの時間構造についても分析する必要があると考えられる<sup>(867)</sup>。

<sup>866</sup> なお、時間的適用範囲の問題の立法処理である経過措置の規定に関しても、その存在が実務上有用であることは疑いないが、将来生じるかもしれない事態を予めすべて想定することは不可能である。したがって、関係する経過規定がなく適用関係が争いになったとしても、現に置かれている経過規定から立法者意思を読み取ろうとする解釈方法論では、新旧法やそれらと私人との関係に内在する時間の次元を無視してしまっている。

この点、産業廃棄物処理施設の設置許可処分について周辺住民が提起した取消訴訟の最中に、許可基準を厳格化する法改正がなされたところ、新基準の適用関係については一部を除き経過規定が置かれなかったことから、そのことの解釈が問題となり、結論としては新法を適用するとした事例がある（エコテック許可取消訴訟、東京高判平成21年5月20日・環境法判例百選〔第2版〕（2011年）156-157頁）。ここでは、改正法ごとの附則規定のあまりに複雑な抵触関係が一つの争点となった。だが、そもそも書いていないことを現に書いてあることから読み取る解釈方法論は、少なくとも経過規定に関しては問題があるように思われる。

なお、行政法ではないが、附則の解釈という点では、関連して、法の適用に関する通則法の附則2条の解釈が問題となった事例もある（東京地判平成23年8月18日・ジュリスト1458号（2013年）111-114頁）。

<sup>867</sup> この点、夙に、遠藤博也は、行政行為の撤回論の文脈においてであるが、「時間的要素は、……原処分根拠規定、撤回事由の内容や前提にある権利自由をふくめて、個別実定法の構造に即して、考察されなければならない」ことを指摘していた（遠藤博也『実定行政法』（1989年、有斐閣）143頁）。

## 第五項 残された課題

本研究は、20世紀前半までのフランス法を対象としており、20世紀中頃以降の展開を検討していない（その理由は序章で述べた）。だが、フランスにおいては、議論が収束することではなく、さらに深化している。20世紀初頭に、既得権論が批判されて新法の時間的適用範囲に関して単純明快な理論が提示されたのだが、現在では、既得権論よりは明快であるものの議論は一層複雑化している状況にある。そこで、以下では、今後のフランス法研究に関する課題の確認という意味合いも込めて、フランス法のその後の展開について概観することで、本研究を閉じることとする（なお、下記文献の幾つかは本研究においても部分的に参照した）。

### 1. フランス私法学説のその後

まず、プラニオルらの議論を発展させて、私法学者のポール・ルビエが時際法論を体系化した<sup>(868)</sup>。その際には、「法的地位 (situation juridique)」の概念を軸にしつつ、法的地位は一時点では完結しないのが一般的であり、「それには時間的進展があるため、その間のある時点で新法によって影響されることがある」という認識が議論の出発点となった。その上で、法律の時間的作用に関して、①法的地位の形成・消滅という動的段階 (phase dynamique) と、②その効果が生じる静的段階 (phase statique) という観点、および、 $\alpha$ ) 法的地位が既成事実 (fait accompli) になっているか (形成・消滅したか、効果が生じたか)、 $\beta$ ) なおも継続中の地位 (situation en cours) であるか (形成・消滅中か、効果が継続中か) という観点を織り交ぜて、法律の「遡及効」と「即時効 (effet immédiat)」とを析出するための体系的な議論枠組みが提示された。特に、即時効の理論を提示した点が評価されている。ルビエの議論の概要のみを示すならば、以下ようになる。

①法的地位の形成・消滅について規律する法律については、 $\alpha$ ) 旧法下で形成・消滅した法的地位には適用されない (適用するならば遡及効がある)。 $\beta$ ) なお形成・消滅中の法的地位に対しては原則として将来的には適用される (即時効)。ただし、 $\beta$ ) -1) 形成・消滅のために継続的な事実状態 (état de fait continu dans le durée) つまり一定期間が必要な法的地位 (例えば、時効では占有状態の継続が必要) については、形成・消滅が始まった時点が形成・消滅の要件に鑑みて重要か否かによって適用法令が定まる。 $\beta$ ) -2) 形成・消滅のために継起的要素 (éléments successifs) が必要な法的地位 (例えば、遺言相続については遺言作成と遺言者の死亡が必要、養子には諸手続が必要) については、原則どおり将来的には新法が適用される。なお、 $\theta$ ) 発生当時は法的地位の形成・消滅をもたらさなかった事実に対しては、1) 原則として、その形成・消滅をもたらす新法は適用されない (適用するならば遡及効がある) が、2) 事実が長期間にわたる場合 (年齢、親子関係など)、これは「状態 (état)」であり、状態が続いている

<sup>868</sup> Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., 1960, rééd., par Dalloz, 2008. 本書は、私法の具体例を数多く挙げつつ、一般理論を引き出している。本文以下で概観する一般論に関する記述については、参照、9-11 頁、172-173 頁、177 頁、180-182 頁、184-185 頁、200-205 頁、293-297 頁。

のであれば現在の法的事実であるとして新法が適用される（即時効）。

②法的地位の内容・効果について規律する法律については、 $\alpha$ ）旧法下で生じた法効果を変更することはできない。 $\beta$ ）なお効果が継続中の法的地位に対しては、ア）契約上の地位であれば将来的にであっても新法を適用することはできない（適用するならば遡及効がある）。イ）法律上の地位であれば、原則として将来的に新法を適用して変更することができる（即時効）が、イ）－1）継続的效果（*effet continu*）が生じている場合つき、旧法下で生じ始めた効果を新法は変更することができない（例えば、旧法下での離婚によって生じた婚姻解消という効果に対して離婚を禁じる新法は適用できない）（変更するならば遡及効がある）が、2）継起的效果（*effets successifs*）（相次ぐ複数の段階にわたる効果）が生じている場合については、原則どおり新法が適用される（例えば、離婚した夫婦の法的地位の効果である、子の扶養・監護の義務や待婚期間に関しては、これらを変更する新法は、旧法下で離婚した夫婦にも適用される）（即時効）。なお、 $\theta$ ）発生当時には法効果が生じることのなかった事実（当該事実に対して法効果を生じさせる法律が存在していなかった場合）に対しては、当該事実が現在においても存在しているのであれば、現在の事実として新法は法効果を生じさせることができる。

このように、原則としての即時効と民法典 2 条が禁止している遡及効とが対比される。ただ、即時効と遡及効は対応関係にはない。既にプラニオルが提示していたように、原則たる即時効の例外とは、「旧法存続（*survie de la loi ancienne*）」すなわち「新法の公布前の事実から今後生じる法効果について、新法が旧法をなおも適用させる」ことである。この原則と例外は、立法政策の問題であるだけでなく、明文規定がない場合には、より良い解決を探るべきであり、すなわち、「立法者の意思が十分明確であり、あるいは事物の性質にしたがい推定されるべきである場合には、通例とは異なり、黙示的な旧法の排除または存続があり得る」と解されたのであった。

ルビエの時際法論は、破毀院判例にも影響を及ぼしたこともあり、その基本的な議論枠組みは支持され、常に参照され続けている。ただ、ルビエの理論にも批判はあり、特に法的地位に関心が集中していた点に関して、そこには主観法的要素が残っている点で既得権論の枠組みを完全には克服できていないこと、また、法律の時間的適用範囲それ自体を捉えていないことが批判された。

そこで、現在では、カーン大学を中心としたカーン学派<sup>869</sup>が、法規範の構造分析により、法規範の内的構造を時間の観点を含めて明らかにすることで、法律の時間的適用範囲を極めて形式論理的に解明しようとしている。そこでは主に、要件（*présupposé*）の分析を行った上で、各要件事実が生じた時点との関係において新法の適用可能性が論じられている。

<sup>869</sup> 代表的論者の文献のみを挙げれば、Louis BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD civ.* 1969, p. 405 ; Jacques HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », *RTD civ.* 1985, pp. 277-333 ; Id, *Principe du droit transitoire*, Dalloz, 1996 ; Pierre FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, thèse Caen-Basse-Normandie, 2003, Dalloz, 2005.

## 2. フランス行政法学のその後

公法においては、1948年のコンセイユ・デタ判決<sup>(870)</sup>によって、行政行為・行政立法の不遡及原則は法の一般原理の一つとして確立されるに至った。

この事件では、1947年12月30日の経済・財務大臣および通産大臣のアレテによって電気料金が値上げされるとともに、値上げは、「本アレテの公布日〔1948年1月1日〕より後の最初の検針において通常であれば現れるはずの電気使用量に対して、フランス本国の全ての県で適用することができる」とされた。ただ、検針は2ヶ月毎になされるため、1月1日後の検針の対象となる電気使用量は、1947年の12月分および11月分（の一部）に関するものであった。そのため、1月1日後の指針分から新料金が請求されるとの規定は、値上げの電気使用量についても新料金を適用することであり、つまり、料金の値上げに遡及効を付与するものではないかが争われた。然るに、コンセイユ・デタは次のように判断したのである。

「電気メーターの検針を2回行う間には時間の隔たりが生じるため、1948年1月1日より後の最初の検針のうち、その実施日に応じて多少なりとも大部分について、1月1日より前の電気の使用量が含まれていることは確実である。そのような使用量について値上げ後の料金を請求することとしている点で、本件アレテは、行政立法は将来についてしか規定しないという原則（le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir）、および、1945年6月30日のオルドナンス29条以下によって定められたところの、公的機関によって決められた製品・サービスの価格について、公衆はそれが適用可能になる前に知らされなければならないという規範に違反するものである。これに加えて、本件規定は、電気利用者が1947年の最終週に使用した電気について、1948年1月1日より前に検針がなされるか後かによって異なる料金を支払わせることになる。そうすると、本件規定は、公役務の利用者の間における平等原則に反するものである。本件アレテの制定者としては、事前にではあるものの、1948年1月1日より前と後の電気使用量をそれぞれ区別するために適切な措置を設けて、後の分についてしか値上げ料金を適用しないとすることで、違法であるとの非難を免れることが可能であったのである。」

「大臣は、電気の売買はメーターの検針日にしか成立せず、したがって本件規定の文言上でさえ、新料金は1948年1月1日より後の売買にしか適用されていないと主張するが、これには理由がない（en vain）。というのも、利用契約の条項からは明らかに、電気の売買は利用者に対する電気の供給それ自体によってなされるものであり、かかる供給がなされた日に売買は成立するのであって、その後になされるメーターの検針は電気使用量を確認するための単なる現実的作用なのである。」

もっとも、この判決は行政行為の不遡及原則を「法の一般原理」<sup>(871)</sup>にまで高めたことに

<sup>870</sup> CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec., p. 289, req. n° 94511 ; S. 1948, III, p. 69, concl. LETOURNEUR ; D. 1948, Jurisprudence, p. 437, note M. WALINE ; JCP G 1948, II, n°4427, note A. MESTRE ; GAJA n°62.

<sup>871</sup> 参照、伊藤洋一「フランス行政判例における『法の一般原理』について」法学協会雑誌 103 巻 8 号（1986

意義があるものの、不遡及原則それ自体は既に行政裁判所でも承認・適用されてきたものであるため、この判決は不遡及原則に関して内容的に新たに何かを明らかにしたわけではない。

また、20 世紀中頃以降からは、公法の時間的効力に関する研究が現れるようになった。その嚆矢は、1953 年、ジャン＝マリー・オービーが行政行為の時間的適用に関する論文<sup>(872)</sup>を公表したことであり、これによって公法学者関心と呼ぶこととなった。その結果、1975 年と 1980 年に行政行為の時間的適用を主題とするテーズ<sup>(873)</sup>が著された。これらの研究で論じられたのは、行政行為（個別的行為と、一般的行為である行政立法）の効力発生につき、通知・公布、過去に対する効果に関して不遡及原則とその限界、将来効とその制限、また、行政行為の効力消滅として、職権取消、行政立法の改正、行政行為の撤回、執行停止や取消判決の効果などである。効力発生に関しては本研究とも部分的に重なっているが、ただし、20 世紀後半のフランス行政法での研究は行政判例の整理・分析という側面が極めて強く、理論的考察は殆ど行われていない。

そうした中で若干注目されるのが、1997 年に、前記と同じような問題を私人側から捉えて理論的考察を行ったヤナコプロスのテーズ『フランス行政法における既得権の概念』<sup>(874)</sup>が公表されたことである。

2002 年には、ジャック・プティが『国内公法における法律の時間的抵触』<sup>(875)</sup>というテーズを公表した。これまで公法学者の関心は行政行為・行政立法の時間的適用に集中してきたが、プティは公法上の法律をも研究対象に取り上げたことに特徴がある。また、プティの研究は公法の時間的抵触に限られており、時間的適用範囲の問題の大部分は扱われていない。旧法が新法によって改廃されたことを前提として、ある事実には何れが適用されるのかという問題を主要対象として、包括的な行政判例研究が行われた。分析枠組みとしては、ルビエやその後の私法学説の理論を参照しており、これを公法に応用した研究であると言える。理論的には、モチュルスキー（Henri MOTULSKY）が参照されているが、プティの理論的前提は極めて単純であった。すなわち、「ある規範の要件に対応する事実の発生は、特定の者に対して、当該規範が一般的・抽象的に定めている法効果を生じさせる。公法では普通となった表現である法的地位（situation juridique）の構成（constitution）は、まさに、法効果のこうした個別化（individualisation）なのである」<sup>(876)</sup>。こうした意味での「構成された地位（situation constituée）」の概念を軸にして、これを侵害するならば遡及であるという定義を採用

年）157 頁以下。コンセイユ・デタは、1945 年から法の一般原理を明示的に援用するようになった。

<sup>872</sup> Jean-Marie AUBY, « L'incompétence « ratione temporis ». Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RD publ.* 1953, pp. 5-60.

<sup>873</sup> Paul LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs dans le temps*, thèse, Liège, 1975 ; Joël CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, LGDJ, 1980. ただし、前者の著者はフランスへ留学したベルギー人である。後者の著者のカルバジョは、イントロダクションの冒頭において、その主題について嚆矢となった研究はオービーの前注論文であることを指摘している。

<sup>874</sup> Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, 1997.

<sup>875</sup> J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, op. cit.

<sup>876</sup> *Ibid.*, p. 120.

しつつ、判例分析がなされた。そして、法的地位の構成は、法令で定められた要件の充足によって判定されることから、カーン学派と同じく、要件の分析が重要であると結論づけられた。

その後、時間的適用範囲の問題については、これを立法者自らが解決する手段である経過規定に着目して、目的論的見地から整理・分析するテーズ『フランス公法における経過規定』<sup>(877)</sup>も著された。また、公法上の法令・行政行為・行政裁判判決それぞれにおける遡及のあり方を包括的に整理しつつ、遡及の機能を分析したテーズ『フランス公法における遡及』<sup>(878)</sup>が2011年に著された。

### 3. 昨今の個別論点

では、遡及立法に限ってみると、昨今では具体的にどのようなことが研究対象とされているのか。この点、例えば、2003年に出版された『民法典序章』という文献には、「法律不遡及と租税法」という論文<sup>(879)</sup>が収められている。遡及的租税立法に関しては1997年に関連するテーズ<sup>(880)</sup>が著されたが、2006年には『遡及効と租税法』<sup>(881)</sup>と題するテーズが出版されており、この分野では以前から議論の蓄積がみられる。フランス民法典の200周年記念の論文集には「遡及法についての裁判官による統制の思いがけない増大」<sup>(882)</sup>と題する論稿が寄せられたが、そこでは、憲法上の制限、EU法による制限、有効化法律の統制、解釈法律の統制に関して紙幅の大部分が割かれ、最後に、明示的な遡及立法の2例だけ挙げて簡単に問題点が指摘された。

昨今の公法学者の関心を端的に示すものとして、2014年、行政法専門の雑誌に「時際法の現状」という特集が組まれたことも注目に値する。そこには、「刑罰減免 (*in mitius*) の遡及効」<sup>(883)</sup>、「法的安定性と経過規定」<sup>(884)</sup>、「AC!判決からダントニー判決を経てM6判決へ」<sup>(885)</sup>(判決の遡及効制限を主題としている)、「継続中の契約に対する新法の適用」<sup>(886)</sup>と題する4つの論稿が寄せられている。これらからは、公法上の今日的課題を窺うことができるであろう。

<sup>877</sup> Gweltaz ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007.

<sup>878</sup> Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse Paris I, 2011, non publié. このテーズの概要とフランス国内での評価については、その書評として、Martin COLLET, *chronique de thèses, RFD adm.* 2013, pp. 202-204.

<sup>879</sup> Jacques BUISSON, « Non-rétroactivité des lois et droit fiscal », in Georges FAURÉ et Geneviève KOUBI (dir), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, pp. 99-108.

<sup>880</sup> Frédéric DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, LGDJ, 1997. 特に105-150頁で遡及効の問題が扱われている。

<sup>881</sup> Olivier DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, Defrénois, 2006.

<sup>882</sup> Philippe MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 671-692.

<sup>883</sup> Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *AJDA* 2014, pp. 486-491.

<sup>884</sup> Gweltaz ÉVEILLARD, « Sécurité juridique et dispositions transitoires », *AJDA* 2014, pp. 492-500.

<sup>885</sup> Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony », *AJDA* 2014, pp. 501-508.

<sup>886</sup> Elodie SAILLANT, « L'application des règles nouvelles aux contrats en cours », *AJDA* 2014, pp. 509-514.

また、昨今のフランスでは EU 法の影響により法的安定性の概念が注目を増してきている。その結果、行政法における不遡及原則それ自体に対しても再検討が提案されている。それによれば、「行政立法の不遡及は、法的安定性の原則の実現という枠組みの中での調整の変数に過ぎない (une simple variable d'ajustement)」。<sup>887</sup> 不遡及を一定要件の下で硬直的な原則として認めるよりも、例えば、「遡及規定の違憲審査は、所定の目的への適合や比例関係とともに一般利益への合致を確保できることから、透明性という利点がある」と述べられているように、より高次の法原理の下で、その実現に仕える柔軟な法理として構成すべきというのである<sup>(887)</sup>。

## 結語

以上のとおり、法規範の時間的構造を解明しようとするカーン学派の研究成果、法の時間的効力に関する現代的な諸問題（ただし、フランスには日本では今のところ現実には生じていない問題も多い）、経過規定の法的仕組み、不遡及原則の位置づけと再構成など、フランス法研究に関しては多くの課題が残されている。また、本研究は、比較法を参照することによって法の時間的効力を基礎理論的に考察するものであり、その実践的解決を体系的に提示してはいない。それは、日本法の問題状況を踏まえた上で、今後、日本法の研究として行われるべきだと考えたことに因る。本研究が基礎理論的考察を試みた既得権の概念やこれと密接な関係にある法的時間論についても、本研究による問い直しの結果として、何らかの明快な解釈論的帰結が引き出されたわけではない。この点、昨今のフランス語圏では、法的時間の議論が、基礎法学の領域だけでなく実定法学との関連においても著しい展開を見せていることが大きく注目される。

これら全てに一人で取り組むことは不可能かもしれないが、実定法の具体的問題と基礎理論的問題とを行き来しつつ相互に関連づけながら研究を進めていくことを自身の今後の課題として受け止めることで、一先ず、本研究をここで閉じることとする。

---

<sup>887</sup> Antonino TROIANIELLO, « La non rétroactivité réglementaire est-elle encore justifiée ? », in Pierre FLEURY-LE GROS (dir), *Le temps et le droit*, Litec, 2010, pp. 91-99 (97 et 95).





## 参考文献一覧

以下は、本研究の主題と直接に関係する主要な文献である。本文中で参照した文献でも一部省略した。  
日仏法ともに、判例評釈は省略した。ただし、日本の戦前の判例評釈は掲載した。

## フランス語文献

- ARON (Gustave), « Les lois successorales de la révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1903, pp. 444-489 et 685-703.
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles Frédéric), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Cosse, Marchal, 1869, et 5<sup>e</sup> éd., Marchal et Billard, 1897.
- AUBY (Jean-Marie) et DRAGO (Roland), *Traité de contentieux administratif*, T. II, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1975.
- AUCOC (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Dunod, 1885.
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel), *Précis de droit civil*, T. I, L. Larose et Forcel, 1882.
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) et HOUQUES-FOURCADE (Maurice), *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. I, 2<sup>e</sup> éd., L. Larose et L. Tenin, 1902.
- BELIME (William), *Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit*, T. I, Joubert, 1843.  
(ベリーム (井上正一訳)『仏国法理論』全二編 (1883-1884 年))
- BENTHAM (Jérémie), *Traité de législation civile et pénale*, publiés en français par Étienne DUMONT, 3 vol., Bossange, 1802.
- BÉQUET (Léon), *Répertoire du droit administratif*, T. 16, Paul Dupont, 1899.
- BLANCHE (Antoine), *Études pratiques sur le Code pénal*, Première étude, Cosse et Marchal, 1861.
- BLONDEAU (H), « Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois », *S.* 1809, II, p. 277.  
——, *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, De l'imprimerie d'Abel Lanoe, 1819.  
——, *Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Videcoq, 1850.
- BOILEUX (Jacques Marie), *Commentaire sur le Code civil*, T. I, 6<sup>e</sup> éd., Videcoq, 1851.
- BONNECASE (Julien), *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie – Supplément*, T. II, Sirey, 1925.
- BRUN (Victor), *Éléments du Code Napoléon*, Vol. 1, Turin, Vincent Bianco, 1812.
- CAPITANT (Henri), *Introduction à l'Étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., A. Pedone, 1929.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, Vol. I, PUF, 2004.
- CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Sirey, 1920.
- CHANTAGREL (Jean), *Commentaire du Code napoléon*, T. I, Cotillon, 1861.
- CHABOT DE L'ALLIER (Georges-Antoine), *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, T. I, Garnery, 1809.

- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1930.
- COLMET DE SANTERRE (E.), *Manuel élémentaire de droit civil*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Plon, 1895.
- DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, , Nouvelle édition, T. 30, 1853, « Lois. Chap. 4 – De la rétroactivité des lois » (n<sup>os</sup> 182-384, pp. 97-161).
- , *Id.*, T. 31, 1854, « Manufactures, Fabriques et ateliers dangereux. Chap. 6, § 1 – Rétroactivité, interruption, translation, suppression », p. 39(n<sup>o</sup> 140) et suiv.
- DU CAURROY (Adolphe-Marie), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, G. Thorel, 1848.
- DEJAMME (Jean), « Du pouvoir réglementaire », *Revue générale d'administration*, 1893, T. I, p. 257 et suiv.
- DELAPORTE (Jean-Baptiste-François) et RIFFÉ-CAUBRAY (Pierre Nicolas), *Les Pandectes françaises, ou recueil complet de toutes les lois en vigueur*, T. I, Perlet, 1803.
- DELVINCOURT (Claude Étienne), *Cours de Code Napoléon*, T. I, P. Gueffier, 1813.
- DEMANTE (Antoine Marie), *Cours analytique de Code civil*, T. I, Gustave Thorel, 1848.
- DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code civil*, T. I, édition originale revue par l'auteur, Decq, 1847.
- DEMOGUE (René), « Valeur et base de la notion de rétroactivité », in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, Vol.1, Società tipografica modenese, 1930, pp. 163-172.
- DOAT (Henri), *De la non rétroactivité des lois*, Bonnal et Gibrac, 1856.
- DOMAT (Jean), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, Nouvelle éd., 1756.
- DUEZ (Paul), *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse Lille, Camille Robbe, 1914.
- DUGUIT (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. par Dalloz, 2003.
- , « La non-retroactivite des lois et l'interpretation des lois », *RD publ.* 1910, pp. 764-776.
- , *Traité de droit constitutionnel*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1927.
- , *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1928.
- , *Traité de droit constitutionnel*, T. III, 3<sup>e</sup> éd., E. de Boccard, 1930.
- DUPEYROUX (Olivier), *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, LGDJ, 1954.
- DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., G. Thorel et E. Guilbert, 1844.
- DUVERGIER (Jean-Baptiste), « De l'effet rétroactif des lois », *Revue de droit français et étranger*, 1845, pp. 1-30 et 91-132.
- FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. VI, Videcoq, 1836.
- FOUCART (Émile-Victor), *Éléments de droit public et administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., Videcoq, 1843.
- GIRARD (Anne-Laure), *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse Paris II, Dalloz, 2013.
- GIROD (Amédée), *De la rétroactivité des lois*, Genève, Jules-G<sup>m</sup>e Fick, 1863.
- GLASSON (Ernest Désiré), *Éléments du droit français, considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, T. I, Nouvelle éd., Pedone-Lauriel, 1884.
- GUILLOIS (André), *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, thèse Paris, Sirey, 1912.

- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., L. Larose, 1897.
- , *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L. Larose, 1901.
- , « La déclaration de volonté dans le droits administratif français », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 543 et suiv.
- , *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 1907.
- , Note sous CE, 5 juin 1908, *Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, S. 1909, III, p. 113.
- , *Précis de droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Sirey, 1911.
- , *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1916.
- , « De l'autorité juridique du pouvoir politique et deux couches du droit », in *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, pp. 799-812
- , *Précis de droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Sirey, 1919.
- , *Précis de droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd., Sirey, 1927.
- , *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929,.
- HUC (Théophile), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, T. I, F. Pichon, 1892.
- JÈZE (Gaston), « Les principes généraux du droit administratif », *Revue générale d'administration*, 1903, T. II, pp. 385-401 ; T. III, pp. 257-283.
- , Note sous CE, 4 mars 1904, *Société fils A. Deutsch*, *RD publ.* 1904, pp. 263-277.
- , Note sous CE, 11 juin 1909, *Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, *RD publ.* 1910, p. 85.
- , *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., 1925, rééd. par Dalloz, 2005.
- , *Les principes généraux du droit administratif*, T. II, 3<sup>e</sup> éd., 1930, rééd. par Dalloz, 2004.
- JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, T. I, Recueil Sirey, 1930.
- JOUARRE (Léon), *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière d'hygiène et de salubrité*, V. Giard et E. Brière, 1899.
- JOUSSELIN (J.), *Traité des servitudes d'utilité publique*, T. I, Videcoq, 1849.
- , « De mots effet rétroactif et droits acquis, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire », *Revue critique de la jurisprudence*, 1852, T. II, pp. 180-189.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (Léon), *Droit civil*, T. I, Dalloz, 1960.
- KALINDÉRO (Jean), *De la non-rétroactivité des lois*, Marescq, 1864.
- LAFERRIÈRE (Edouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, 2<sup>e</sup> éd., Berger-Levrault, 1896.
- LAFERRIÈRE (F.), « Dissertation sur les droits politiques et la qualité de citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 à nos jours », *Revue de droit français et étranger*, 1849, pp. 841-858.
- LAURENT (François), *Principes de droit civil*, T. I, Bruylant-Christophe, 1869.

- , *Cours élémentaire de droit civil*, T. I, Bruylant-Christophe, 1881.
- LOCRE (J. S.), *Esprit du Code Napoléon*, De l'imprimerie impériale, 1805.
- MAGISTRY (Léopold) et MAGISTRY (A.), *Traité général sur l'application de la nouvelle législation des établissements classés*, Dépot général, 1923.
- MAILHER DE CHASSAT (Antoine), *Commentaire approfondi du Code civil*, T. I, Nève et Videcoq, 1832.
- , *Traité de l'interprétation des lois*, Nouvelle éd., Videcoq, 1836.
- MALEVILLE (Jacques de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, T. I, La V<sup>e</sup>. Nyon, 1805.
- MARCADÉ (Victor-Napoléon), *Éléments du droit civil français*, T. I, 2<sup>e</sup> éd., Cotillon, 1844.
- MERLIN, « Effet rétroactif », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., 1828, T. V, pp. 533-606.
- , « Loi, § IX. Les lois peuvent-elles rétroagir, et dans quels cas rétroagissent-elles sur le passé ? », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T. VII, 4<sup>e</sup> éd., 1813, pp. 552-556.
- MEYER (Jonas Daniel), *Principes sur les questions transitoires*, G. Dufour, Amsterdam et Paris, 1813.
- , *Id.*, Nouvelle éd., par Aaron Adolf DE PINTO, J. W. Van Leeuwen, 1858.
- MISSEREY (Auguste), *Du principe de non-rétroactivité des lois tant en matière civile qu'en criminelle, et en particulier de son influence sur la prescription*, thèse Dijon, 1867.
- MOREAU (Félix), *Le règlement administratif*, Albert Fontemoing, 1902.
- MOURLON (Frédéric), *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, T. I, A. Marescq, 1853.
- (明治 16 年の訳書の復刻版、ムールロン (谷井元次郎訳)『仏国民法覆義第 1 帙・第 1 巻』日本立法資料全集別巻 183 (信山社、2000 年))
- NAPOLÉON DE CHAMPAGNY, *Traité de la police municipale, ou de l'autorité des maires, de l'administration et du gouvernement en matières réglementaires*, T. I, Videcoq, 1844.
- OST (François), *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.
- PETIT (Jacques), *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002.
- PICOT (Jean-Bonaventure-Charles), *Code Napoléon*, T. I, J.-H. Michou, 1868.
- PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 3<sup>e</sup> éd., F. Pichon, 1904.
- PORTALIS (Jean-Étienne-Marie), *Discours, Rapports et travaux inédits sur le code civil*, Joubert, 1844.
- (一部所収 *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988)
- PROUDHON (Jean-Baptiste-Victor) et VALETTE (Auguste), *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd., Victor Lagier, 1842.
- RAMBAUD (Prosper), *Code civil par demandes et réponses*, T. I, 1<sup>er</sup> éd., Gustave Retaux, 1808.
- , 6<sup>e</sup> éd., Delamotte et Chevalier-Marescq, 1884.
- RENARD (Georges), *Cours élémentaire de droit public*, Sirey, 1922.
- ROUBIER (Paul), *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, T. II, Sirey, 1933.
- , *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., 1960, rééd., 2008, Dalloz.
- SAGNAC (Philippe), *La législation civile de la révolution française*, Hachette, 1898.

- SAVIGNY (Friedrich Carl von), *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, T. VIII, Firmin Didot frères, 1851 (2<sup>e</sup> éd., 1860 ; rééd., Pantheon-Assas, 2002).
- TAULIER (Frédéric), *Théorie raisonnée du Code civil*, T. I, Delhomme, 1840.
- TESSIER, Conclusion sur CE, 5 juin 1908, *Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, *Rec.*, p. 611.
- , Conclusion sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot*, *Rec.*, p. 460.
- THÉODOSIADÈS (Miltiade C.), *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Abel Pilon, 1866.
- TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), *Le droit civil français*, T. I, 4<sup>e</sup> éd, Warée, 1824.
- TOUREY-PIALLAT, *De la rétroactivité de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur les congrégations*, Marchal et Billard, 1905.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, pp. 444-468 et pp. 492-519.
- VEDEL (Georges) et DELVOLVÉ (Pierre), *Droit administratif*, T. II, 12<sup>e</sup> éd., 1992.
- VUILLAUME (F.), *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Cotillon, 1855.

## 日本語文献

- 秋月左都夫『法例』（和仏法科学学校、明治27年）
- 浅井清『行政法の基礎概念』（高原書店、昭和4年）
- 『日本行政法総論』（巖松堂書店、昭和7年）
- 阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策（一）（二・完）」自治研究68巻7号（1992年）3頁以下、同8号16頁以下
- 『行政の法システム（下）[新版]』（有斐閣、1997年）
- 「行為時に施行されていなかった法律が適用される !! —— 法律の遡及適用」ビジネス法務5巻11号（2005年）101頁以下
- 「市町村合併に伴う下水道受益者負担金の遡及返還」判例地方自治293号（2007年）121頁以下
- 『行政法解釈学I』（有斐閣、2008年）
- 天野徳也『最新法学通論』（巖松堂、昭和13年）
- 飯田慶三郎「時ニ関スル法律ノ効果ヲ論ス」法学協会雑誌30号（明治19年）15頁以下
- 飯島喬平『法学通論』（早稲田大学出版部、明治43年）
- 池田寅二郎「建物保護法の遡及効」法学協会雑誌27号（明治42年）1271頁以下
- 石井幸三「ベントム著、デュモン編『立法の理論』のcivil code」龍谷法学36巻4号（2004年）64頁以下
- 石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979年）
- 石坂音四郎「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」法学志林18巻11号（大正5年）39-44頁
- 「華族世襲財産法改正法律案概評」『民法研究第4巻』（有斐閣、大正6年）
- 石原雅二郎『法学通論』（法制時報社、大正11年）

- 磯谷幸次郎『法学通論』（日本法律学校編集部、明治 29 年）
- 磯部力 「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983 年）393 頁以下
- 「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、1990 年）225 頁以下
- 磯部四郎『法例釈義』（明 26 年）
- （復刻版、日本立法資料全集（信山社、1997 年）別巻 90（民法（明治 23 年）釈義））
- 伊谷亀太郎『法律大意』（東枝律書房、明治 36 年）
- 伊藤正巳「民事遡及法について——イギリス法の示唆するもの」法学協会雑誌 87 巻 2 号（1970 年）1 頁以下
- 稲葉彬 「私法の領域における『法律の不遡及原則』について」浜松短期大学研究論集 55 号（1999 年）191 頁以下
- 猪俣浩三『闇取引と刑罰』（有光社、昭和 15 年）
- 『統制法令の臨床解釈』（有光社、昭和 18 年）
- 今村成和「農地法 80 条と旧所有者の権利」ジュリスト 479 号（1971 年）35 頁以下
- 岩田宙造「法令ノ効力ニ関スル疑義」法学新報 12 巻 6 号（明治 35 年）13 頁以下
- 宇賀克也『行政法概説 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、2011 年）
- 上原秋三『改正恩給法精解〔新訂版〕』（岩波書店、昭和 18 年）
- 碓井光明「租税法律の改正と経過措置・遡及禁止」ジュリスト 946 号（1989 年）120 頁以下
- 碓井光明「時間軸から見た国家の役割——行政法、財政法の視点において」公法研究 74 号（2012 年）64 頁以下
- 大島稔彦編著『法令起案マニュアル』（ぎょうせい、2004 年）
- 大村敦志「私権と *droits civils* に関する覚書」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相・下』（有斐閣、2013 年）3-29 頁
- 岡田朝太郎『法学通論』（中外印刷工業、大正 8 年）
- （復刻版、日本立法資料全集・別巻 483（信山社、2008 年））
- 岡村司『法学通論』（明治法律学校、明治 32 年）
- 『法学通論』（和仏法律学校、明治 34 年）
- 岡森識晃「フランスにおける分類施設規制制度の成立と展開（上）（中）（下）」自治研究 80 巻 7 号（2004 年）109-129 頁、同 11 号 132-150 頁、81 巻 2 号（2005 年）99-120 頁
- 雄川一郎・加藤一郎・佐伯尚美・山内一夫「座談会・国有農地の売戻をめぐって」ジュリスト 479 号（1971 年）18-34 頁
- 奥田義人『法学通論』（東京法学院大学、明治 38 年）
- （復刻版、日本立法資料全集・別巻 794（信山社、2012 年））
- 織田萬 『法例』（東京専門学校、明治 29 年）
- 『改訂法学通論』（有斐閣、大正 6 年）（オンデマンド版（有斐閣、2002 年））

- 尾山万次郎『解説統制法令全書』（天泉社、昭和 18 年）
- 恩田武市『借家法論』（清水書店、大正 11 年）
- 梶田年 「判批」法学新報 48 巻 3 号（昭和 13 年）133 頁以下
- 角松生史「建築基準法 3 条 2 項の解釈をめぐって——国立市マンション建設差止仮処分事件（東京高決 2000 年 12 月 22 日）を素材にして」法政研究（九州大学）68 巻 1 号（2001 年）97 頁以下
- 金森徳次郎『法学通論』（日本大学、大正 11 年）
- 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983 年）
- 金子正史『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008 年）
- 嘉山幹一『民法総論』（巖松堂、大正 9 年）
- 川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』（有斐閣、1967 年）
- 川岸令和「違憲裁判の影響力——司法の優位についての覚書」戸松秀典・野坂泰司編著『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012 年）90 頁以下
- 川口頼好『立法の技術と理論』（日本評論新社、1963 年）
- 岸本辰雄『法例正義』（明治法律学校講法会内新法註釈会、明治 24 年）  
（復刻版、日本立法資料全集（信山社、1996 年）別巻 64）
- 『法例講義 [第 4 版]』（明治法律学校講法会、明治 32 年）
- 『法学通論』（明治法律学校講法会、明治 32 年）
- 北村一郎「作品としてのフランス民法典」同編『フランス民法典の 200 年』（有斐閣、2006 年）1-60 頁
- 清宮四郎「憲法の時間的通用範域」国家学会雑誌 57 巻 4 号（1943 年）1 頁以下（同『憲法の理論』（有斐閣、1969 年）95 頁以下に所収）
- 「違法の後法」『国家作用の理論』（有斐閣、1968 年）75 頁以下（初出、1934 年）
- オットー・フォン・ギールケ（石尾賢二訳）『ドイツ私法概論』（三一書房、1990 年）
- 草刈融『簡易法学通論』（松華堂、明治 42 年）
- 窪田静太郎『法学通論』（明治 26 年）
- 熊谷直太『法律汎論』（博文館、明治 31 年）
- 小粥太郎『民法学の行方』（商事法務、2008 年）
- 小島愛三郎「改正前の利息制限法と年二割の利息」法学新報 30 巻 10 号（大正 9 年）98 頁以下
- 後藤卷則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」法律時報 65 巻 2 号（1993 年）80-84 頁
- 児玉錦平『法学通論・法例講義』（明治法律学校、明治 27 年）
- 児玉聡「ベンタムの功利主義における security 概念の検討」実践哲学研究 27 号（2004 年）29 頁以下
- 小早川光郎「判決時説か処分時説か」法学教室 160 号（1994 年）120-123 頁
- 小林直樹『法の人間学的考察』（岩波書店、2003 年）
- 小山松吉『法学通論』（尚文堂、昭和 8 年）
- 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 巻』（有斐閣、2011 年）
- 榊原幾久若『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 34 年）
- 佐々木惣一『日本行政法総論』（有斐閣、大正 13 年）



- 佐藤達夫『法制執務提要〔第二次改定新版〕』（学陽書房、1968年〔初版、1950年〕）
- 塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2009年）
- 島田俊雄『法学通論』（日本大学、明治37年）
- 清水澄「帝国憲法第76条第1項」法学新報26巻10号（大正5年）75頁以下
- 末弘嚴太郎「判批」法学協会雑誌42巻12号（大正13年）211頁
- 末弘嚴太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和10年）
- 菅原眷二『民法判例批評第1巻』（弘文堂、大正13年）
- 杉村章三郎『行政法要義上巻〔新版〕』（有斐閣、1970年）
- 杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、1969年）
- 鈴木喜三郎『法学通論』（東京専門学校出版部、明治33年）
- 高井忠夫『法学通論〔新訂〕』（久野書店、昭和14年）
- 高木三郎『恩給法通解』（自治館、大正14年）
- 高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書——わが国の国際私法学における立法資料の取扱」国際法外交雑誌86巻2号（1987年）30頁以下
- 高辻正己『立法における常識〔全訂新版〕』（学陽書房、1958年〔初版、1954年〕）
- 武市春男『法学通論』（創生社、昭和10年）
- 田島信威『最新法令の読解法〔四訂版〕』（ぎょうせい、2010年〔初版、1980年〕）
- 田中耕太郎「時際法（経過規定）」末弘嚴太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和10年）1097-1101頁
- 田中二郎『行政法Ⅰ』（昭和12年、帝大プリント連盟）
- 『行政法講義案（一・二）』（昭和14年）
- 『行政法講義案上巻』（有斐閣、1949年）
- 『行政法総論』（有斐閣、1957年）
- 『新版行政法上〔全訂第一版〕』（弘文堂、1964年）
- 『新版行政法上巻〔全訂第二版〕』（弘文堂、1974年）
- 千葉正士『法と時間』（2003年、信山社）
- 通俗法学普及会編『通俗借地法借家法注釈講義』（通俗法学普及会、大正10年）
- 坪谷善四郎『日本民法注釈第1巻 法例・人事篇』（博文館、明治24年）
- 筒江保『借家法早わかり』（借家法早わかり社、大正10年）
- 中央建築物研究会編『解り易キ市街地建築物法借地法借家法解義』（極光社、大正10年）
- 樋貝詮三『昭和8年改正恩給法解説』（良書普及会、昭和8年）
- 手塚太郎『法学通論』（日本同盟法学会、明治26年）
- 道垣内正人「間接規範」法学教室212号（1998年）76頁以下
- 富井政章『民法原論第1巻 総論〔訂正増補版〕』（有斐閣、大正11年）
- 富沢効『誰にもわかる借地法借家法註釈』（島鮮堂、大正10年）
- 富田貞男『新令借地法借家法解説』（奎文堂、大正10年）

- 内閣恩給局編『恩給法法規判例総覧』（朝陽会、昭和2年）
- 中島玉吉『法学通論』（和仏法律学校、明治35年）
- 中谷敬寿『行政法総論講義案』（甲文堂書店、昭和11年）
- 仲野武志「法律上の争訟と既得権の概念（一）」法学67巻2号（2003年）36-89頁
- 『国家作用の本質と体系Ⅰ——総則・物権篇』（有斐閣、2014年）
- 中村進午「時際法ヲ紹介ス」法学志林27号（明治35年）1-8頁
- 『法学通論』（巖松堂、昭和13年）
- 中村宗雄「判批」民商法雑誌7巻3号（昭和13年）465-472頁
- （同『判例民事訴訟研究 第1巻』（巖松堂、昭和14年）259-269頁に所収）
- 中村心「もしも最高裁が民法900条4号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー7号（2012年）191頁以下
- 中山正一郎『日本民法問答正解 法例・人事編之部』（図書出版会社、明治23年）
- 難波讓治「フランスの判例における公序良俗」法律時法65巻3号（1993年）87-92頁
- 西村信雄「身元保証法に就て（一）（二）（三）（四）（五・完）」関西大学学報116号（昭和9年）13-22頁、118号18-24頁、119号9-20頁、120号3-14頁、121号3-13頁
- 「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察——身元保証法附則を中心として」関西大学研究論集3号（昭和10年）37頁以下
- 野村淳治『行政法総論上巻』（日本評論社、昭和12年）
- 野村信孝『法学通論』（巖松堂書店、大正11年）
- 鳩山一郎『民法総論前編』（巖松堂、大正5年）
- 鳩山秀夫『民法総則上巻』（大正7年度東大講義）（謄写版、非売品）
- 「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」法学志林18巻11号（大正5年）31-38頁
- 『民法総則』（大正9年度東京帝国大学講義）（非売品、大正12年）
- 『日本債権法各論下巻〔増訂〕』（岩波書店、大正13年）
- 『民法総則上巻』（国文社、昭和3年）
- 『日本民法総論〔増訂改版〕』（岩波書店、昭和5年）
- 羽生慶三郎『法学通論』（東華堂、明治32年）
- 林修三・吉国一郎・角田禮次郎『例解立法技術〔第二次全訂新版〕』（学陽書房、1983年）
- 林信雄『法律学入門〔新訂〕』（巖松堂書店、昭和19年）
- 原龍之助『統制と行政法の理論——統制法の一理論的研究』（有斐閣、昭和19年）
- 肥田平次郎『法学通論』（東京法学院、明治32年）
- 廣濱嘉雄「法の当然効・遡及効・追求効」民商法雑誌3巻5号（昭和11年）809頁以下
- 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の7年半』（有斐閣、2012年）
- ベントム（長谷川正安訳）『民事および刑事立法原理』（勁草書房、1998年）
- 法令調査研究会『誰にも解る統制違反の判例解説 一輯』（船場書店、1940年）
- 星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006

- 年) 61-89 頁
- 堀田正忠『法例釈義』(明治 23 年)
- 穂積重遠「判批」法学協会雑誌 40 巻 4 号(大正 11 年) 185-186 頁(判例民事法大正 10 年度 477 頁)
- 「判批」民事判例研究会『判例民事法昭和 12 年度』312-314 頁
- 穂積陳重「法例題号の由来」『法窓夜話』(1916 年)所収
- 穂積八束『法例』(東京法学院、明治 26 年)
- 「行政処分ノ取消変更」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』(1913 年) 888 頁以下
- ボワソナード『法律大意講義 完』(司法省、明治 13 年)(復刻版として、ボワソナード文献双書 14 (宗文館書店、1986 年))
- (森順正訳)『民法原理 法律不遡及論』(和仏法律学校、明治 28 年)(復刻版として、ボソナード文献双書 9 (宗文館書店、1984 年))
- ポルタリス(野田良之訳)『民法典序論』(日本評論社、1947 年)
- 牧兎馬太郎『法学通論』(博文館、明治 21 年)
- 孫田秀春『法学通論 [全訂]』(有斐閣、昭和 14 年)
- 松尾国太郎『法学通論』(高等成師学会、明治 35 年)
- 松本英実「民法典序章——古法と現在をつなぐもの」北村一郎編『フランス民法典の 200 年』(有斐閣、2006 年) 117-139 頁
- 丸岩関弥『法学通論』(佐藤正三商店印刷部、昭和 5 年)
- 丸尾昌雄『法例』(東京専門学校、明治 32 年)
- 峯村光郎『法律学序説 [改訂版]』(巖松堂、昭和 19 年)
- 美濃部達吉『類集評論行政法判例』(有斐閣、大正 14 年)
- 『類集評論続行政法判例』(有斐閣、昭和 3 年)
- 『評釈公法判例大系』上下巻(有斐閣、昭和 8 年)
- 『公法判例評釈』昭和 8 年度—昭和 17 年度(有斐閣、昭和 10 年—昭和 20 年)
- 『公法判例評釈昭和 12 年度』(有斐閣、昭和 13 年)
- 三瀧信三「借地法案批評」法学協会雑誌 36 巻 5 号(大正 7 年) 701 頁以下
- 『近世法学通論 [新訂版]』(有斐閣、昭和 9 年)
- 『民法総論提要上巻 [全訂改版]』(有斐閣、昭和 6 年)
- 宮本英脩「刑罰法令ノ遡及効及ヒ追求効ヲ論ス」京都法学会雑誌 13 巻 1 号(大正 7 年) 1-29 頁
- 宮本平九郎『法学通論』(明治法律学校講法会、明治 33 年)
- 室井力「行政法令不遡及の原則——公害防止事業費事業者負担法 3 条に則して」『行政の民主的統制と行政法』(日本評論社、1989 年) 39 頁以下
- 森尾成之「農地法の土壤汚染対策と遡及責任」清和法学研究 18 巻 2 号(2011 年) 55 頁以下
- 薬師寺志光『民事判例研究』(巖松堂書店、大正 14 年)
- 『借地法借家法論』(清水書店、大正 12 年)
- 『日本民法総論 第 1 分冊』(巖松堂、昭和 16 年)

- 安本典夫「防災まちづくりと既存不適格建築物の扱い」法律時報 67 巻 9 号（1995 年）41 頁以下
- 柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描」『行政法の基礎理論 第 2 巻』（清水弘文堂書房、1967 年）121 頁以下
- 山岡通暲『新稿法学通論』（松山房、昭和 19 年）
- 山口弘一『法例講義』（明治法律学校講法会、明治 33 年）
- 山口徹「消防法の設備設置規制に『遡及適用』という言葉は存在するのか」月刊消防 29 巻 2 号（2007 年）55 頁以下
- 山田三良『法学通論』（明治大学出版部、明治 45 年）
- 『回顧録』（非売品、1957 年）
- 山中静次『建物保護法釈義』（巖松堂、明治 44 年）
- 吉川大二郎「身元保証法に関する若干の法律問題（上）（下）」民商法雑誌 1 巻 2 号（昭和 10 年）41 頁以下、同 3 号 67 頁以下
- 吉田克己「フランスにおける非衛生住宅立法の展開——1902 年『公衆衛生法』の成立とその意義」北大法学論集 47 巻 2 号（1996 年）1-67 頁
- 『フランス住宅法の形成——住宅をめぐる国家・契約・所有権』（東京大学出版会、1997 年）
- 両角彦六『法例』（専修学校、明治 27 年）。
- 我妻栄 「判批」法学協会雑誌 40 巻 1 号（大正 11 年）141-143 頁
- 「判批」民法判例研究会『判例民法大正 11 年度』14-18 頁
- 『新訂民法総則』（岩波書店、1965 年）
- 『新版民法案内 I』（一粒社、1967 年）